

TESIS DOCTORAL



*La actuación de las Fuerzas Armadas
en las situaciones de guerra y terrorismo
según su conexión fenomenológica e
histórico-jurídica*

VICTORIANO PERRUCA ALBADALEJO

FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

MADRID, 2016

FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

*La actuación de las Fuerzas Armadas
en las situaciones de guerra y terrorismo
según su conexión fenomenológica e
histórico-jurídica*

Autor:

VICTORIANO PERRUCA ALBADALEJO

Director

Dr. D. FERNANDO MOURE COLÓN

Codirectora

Dra.D^a. FANNY CASTRO RIAL GARRONE

AGRADECIMIENTOS

Sin perjuicio de los que ya se encuentran oportunamente mencionados en el texto de la obra, dejamos aquí plasmados los siguientes:

Por facilitar alojamientos, medios y otras herramientas (como algunas fuentes bibliográficas) cuando sobre todo se ha tenido que trabajar en la distancia, constatamos de esta forma la ayuda institucional prestada por la UNED, el Instituto General Gutiérrez Mellado vinculado con la UNED, el Ejército español y aliados de la OTAN, la Editorial Bosch, Leggio, de Barcelona, la “Casa del Abogado” en Las Palmas, los Bibliotecarios de la Audiencia Provincial de Las Palmas y el Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.

En el ámbito ya personal, por los desvelos sufridos junto con su autor hasta la terminación final de la obra, así como por el aliento personal aportado en el esfuerzo, se reseña *en especial* a mis codirectores de Madrid, *D^a. Fanny Castro Rial-Garrone* y *D. Fernando Moure Colón*, por su paciencia y maestría en la orientación científica que nos ha sido enseñada.

Finalmente, junto a la cariñosa estima recibida de mi familia en momentos de desánimo, sobre todo de mi anciana y venerable madre, no puede dejar uno tampoco de citar a los amigos y conocidos más cercanos, así entre estos últimos a *D. Fernando Amérigo Cuervo-Arango*, *D. José M^a Llorente Sagaseta Ilurdoz* o *D. Jorge Marcelino Salvador Temprano*, tutor de mi primer máster y segundo y tercer lector del borrador previo a la obra final, respectivamente, entre otros cuya memoria concreta no es necesario citar ni olvidar pese a que únicamente me topara con ellos por la razón temporal y siempre escasa de estar realizando determinados cursos, por la simple casualidad, o incluso por las aventuras y desventuras del trabajo u otras que de él eventualmente se puedan derivar, que es el caso de los soldados, otros militares, funcionarios y extranjeros colegas o no de profesión. Su importante alusión final se hace porque entendemos que le impregnan a esta obra de un aroma tan real como imaginativamente docente cuyo sello original sólo ha podido ser logrado en parte también gracias a ellos.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	XIII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. EL TERRORISMO EN EL DERECHO DE GENTES ATENDIENDO A SUS CAUSAS, EFECTOS Y DIVERSOS TIPOS	12
I. LAS MANIFESTACIONES DE SUS EFECTOS Y DE SUS POSIBLES CAUSAS.....	12
I.1. La fábula del halcón y el ruiseñor.....	13
I.2. Sus consecuencias	13
II. LA HETEROGENEIDAD DE LAS CAUSAS Y SUS EFECTOS	13
II.1. Los valores que ataca	13
II.2. Los inicios remotos del <i>Ius Gentium</i>	13
III. NIHILISMO Y TERRORISMO	14
III.1. La ausencia de Dios como causa abstracta	14
III.2. Evolución conceptual adjetiva: Seguridad local, nacional, interior, exterior y colectiva.....	14
III.3. La acción terrorista en el contexto de la delincuencia transnacional.....	15
III.4. Una visión particularista del terrorismo como problema conceptual	16
III.5. Las notas de identidad del terrorismo actual. Su naturaleza como delito	18
IV. LA RELACIÓN ENTRE LA GUERRA Y TERRORISMO COMO FACTOR CAUSAL PRINCIPAL	23
IV.1. Una hipótesis para los dos modelos de lucha antiterrorista	23
IV.2. El absurdo de la nueva guerra.....	23
V. LA IMPORTANCIA DE LOS MASS MEDIA.....	24
V.1. La publicidad como instrumento de poder.....	24
V.2. El efecto perverso de la publicidad y sus soluciones: códigos deontológicos.....	24
VI. LA GUERRA VICARIA	25
VI.1. Concepto	25
VI.2. Motivos de su origen y uso	26
VII. LA EFICACIA DEL TERRORISMO: ¿DERROCA GOBIERNOS?	27
VII.1. El terrorismo como estrategia de la provocación antes del 11-S.....	27
VII.2. El terrorismo como acto de guerra tras el 11-S.....	27
VIII. CAUSAS VARIAS Y VARIABLES DEL TERRORISMO A NIVEL MULTINACIONAL	28
VIII.1. La idea escéptica general	28
VIII.2. La personalidad del terrorista LOMBROSO	28
VIII.3. Notas distintivas entre terrorismos históricos	29
VIII.4. Las Teorías sobre las situaciones de conflicto: la metáfora de “la válvula de escape”.....	29
IX. EL DERECHO ANTE ESTE PELIGRO: EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS.....	31
IX.1. Los peligros del Derecho Penal de autor	31
IX.2. La forma más idónea de combatirlo.....	31
X. LOS TIPOS GEOGRÁFICAMENTE SINGULARES.....	33
X.1. Un fenómeno transfronterizo	33

X.2.Las dificultades de su clasificación.....	33
X.3.Un intento de su superación.....	34
XI. EN LATINOAMÉRICA: ANTICOLONIAL.....	34
XI.1.La guerrilla	34
XI.2.El paso de la guerrilla rural a la urbana	36
XI.3. La influencia de China.....	36
XI.3.1.Mao Tse Tung	36
XI.3.2.Maoísmo y terrorismo: guerra fría.....	37
XI.3.3. La repercusión del maoísmo en el Vietnam	38
XI.3.4.La repercusión del maoísmo en Latinoamérica.....	38
XI.4. <i>Venezuela y Cuba</i> : terror rural	38
XI.5.Sus ideólogos.....	39
XI.6. <i>Uruguay, Brasil y Argentina</i> : terror urbano	40
XI.7.Sus ideólogos.....	42
XII.EN EUROPA: NACIONALISTA.....	43
XII.1. <i>El IRA en el Ulster</i>	43
XII.2.La <i>Banda Baader-Meinhoff</i> en Alemania.....	45
XII.3.Las <i>Brigadas Rojas</i> en Italia.....	46
XII.4. <i>ETA, GAL, GRAPO, FRAP, TERRA LLIURE, RESISTENCIA GALEGA</i> Y OTROS en <i>España</i>	46
XIII. ORIENTE MEDIO: ISLAMISTA.....	50
XIII.1. <i>Egipto</i>	50
XIII.2. <i>Palestina</i>	51
XIII.3.Su influencia en el terrorismo internacional	53
XIV. EL TERRORISMO GLOBAL DE LA YIHAD.....	53
XIV.1.Su condena por la ONU	53
XIV.2. Los elementos de su manifestación sociológica.....	53
XIV.2.1.Su origen y filosofía de vida.....	53
XIV.2.2. Los fundamentalismos.....	53
XIV.2.3. Debate jurídico	54
XIV.2.4.Su peligrosidad.....	55
XIV.2.5.Países principales afectados por Al Qaeda	55
XIV.2.6.Los atentados de Boston, de Charlie Hebdó y de la Sala Bataclán en París el 13N-15.....	55
XV. TERRORISMO DE ESTADO Y DELINCUENCIA ORGANIZADA.....	57
XV.1 Origen y sucintos ejemplos históricos	58
XV.1.1 Los jacobinos	58
XV.1.2. Tipos de terrorismo gubernamental	58
XV.2. Definición.....	61
XVI.LOS CASOS DE ACTUALIDAD Y, ALGUNOS, DISCUTIBLES.....	62
XVI.1. La política y la mafia italiana	62
XVI.1.1. Origen geográfico.....	62
XVI.1.2. Concepto y diferencia con el terrorismo.....	62
XVI.1.3. Su giro terrorista: el caso Andreotti.....	63
XVI.1.4. Juicio del siglo	63
XVI.1.5. Su perniciosidad.....	64
XVI.2. Chile y “los mapuches”	64
XVI.2.1. Etnia objeto de Informes de Derechos Humanos.....	64
XVI.2.2. El caso de Matías Catrileo.....	65
XVI.3. Turquía y los Kurdos.....	65
XVI.3.1. Un conflicto de hace treinta años.....	66
XVI.3.2. Un hecho a investigar propio de guerra sucia: el caso Ömer Güney	66
XVI.4. Rusia y los “chacales” opositores.....	66
XVI.4.1. Idea obsesiva de control por Putin.....	66
XVI.4.2. Casos de una campaña de limpieza política.....	67

XVI.5. El caso Blackwater y de la Cía	67
XVI.5.1. Una compañía militar privada (mercenariado).....	67
XVI.5.2. Su actuación	68
XVI.6. Las detenciones de iraquíes por españoles en Iraq.....	68
XVI.6.1. La polémica política española previa	68
XVI.6.2. La normativa habilitante	68
XVI.6.3. Procedimiento distinto seguido (según delincuente o insurgente)	69
XVI.6.4. Informaciones periodísticas de actitudes antijurídicas.....	70
XVI.7. Los “Guantánamos” anglosajones	71
XVI.7.1. El de los EE.UU y el británico	71
XVI.7.2. La Ley norteamericana de autorización del uso de la fuerza militar	72
XVI.7.3. El futuro de Guantánamo	72
XVI.7.4. Las acusaciones de tortura	73
XVI.7.5. Las reacciones de algunos internados: sus huelgas de hambre y su dilema moral	73
XVI.7.6. El caso del yerno de Ben Laden y lección aprendida de un agravio.....	75
XVI.7.7. El Guantánamo británico de Camp Bastian.....	76
XVI.8. El régimen norcoreano de KIM-JONG-UN.....	76
XVI.8.1. Ejecuciones purgatorias ejemplares.....	76
XVI.8.2. El determinismo social y político	77
XVI.8.3. Repercusiones en las relaciones Internacionales.....	78
XVI.9. China y el Tíbet	79
XVI.9.1. Origen del conflicto	79
XVI.9.2. Situación	79
XVI.9.3. Quemadas «a lo bonzo»	79
XVI.10. Casos pendientes en España de Justicia Universal.....	81
XVI.10.1. Doce casos	81
XVI.10.2. Al menos una ignominia.....	82
XVII. DERECHO DE GENTES	83
XVII.1. Su génesis: los Estoicos, la cristiandad, la Escuela Salmantina y el problema de la guerra justa	83
XVII.2. Concepto.....	87
XVIII. SUS PRINCIPIOS.....	87
XVIII.1. En el ámbito de la guerra.....	87
XVIII.2. En materia penal y su problema espacial	88
XIX. PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN REGIR LA ACTITUD DE LOS ESTADOS FRENTE AL TERRORISMO INTERNACIONAL	89
XX. LAS OBLIGACIONES ESTATALES.....	91
XX.1. Las obligaciones en conflictos armados	91
XX.1.1. La aplicación del principio “aut dedere aut iudicare”	91
XX.1.2. La controvertida figura del guerrillero	100
XXI. GUERRA Y TERRORISMO	102
XXI.1. Terrorismo y “lucha armada”	102
XXI.2. Estado de la cuestión antes del 11-S	102
XXI.3. Estado de la cuestión tras el 11-S	104
XXI.3.1. Las perspectivas en su estudio	104
XXI.3.2. El terrorismo como un método de guerra	105
XXI.3.3. El terrorismo como guerra propiamente dicha.....	109
XXI.3.4. El acto terrorista como un ataque de guerra	110
XXII. EN TIEMPO DE PAZ	112
XXII.1. La protección de “escudos humanos” en Operaciones de Paz	112
XXII.2. La aplicación del principio en la lucha contra el terrorismo internacional	112
XXII.3. La nota de internacionalidad que puede tener el acto terrorista.....	115
XXII.4. La obligación de prevención de cara al exterior.....	116
XXII.5. La obligación de prevención de carácter interior.....	119

XXIII. EL CASO DE ESPAÑA	125
XXIII.1.El Código Penal Común.....	125
CAPÍTULO II. PROS Y CONTRAS DE LA GESTIÓN DEL TERRORISMO A TRAVÉS DE LAS LEYES INTERNACIONALES DE LOS CONFLICTOS ARMADOS Y NO COMO DELITO.....	144
I. EL PRISIONERO DE GUERRA. LA CONDICIÓN PREVIA DE COMBATIENTE Y SU DETENCIÓN	145
I.1. Requisitos.....	145
I.2. Su detención	146
I.3. El principio “ <i>pro status de prisionero</i> ”.....	146
I.4. La dificultad de la aplicación de la cláusula <i>Martens</i> en algunos casos de extradición y con ocasión del terrorismo internacional.....	148
II.LAS GARANTÍAS CONCRETAS DEL PRISIONERO DE GUERRA	149
III.LA INTERPRETACIÓN POR EL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. 149	
III.1.Compatibilidad de enjuiciamiento entre crimen de guerra y terrorismo	149
III.2.El control internacional de las diligencias penales para su enjuiciamiento	150
IV. EL TRATAMIENTO ESTATUTARIO DEL CASO DEL TERRORISTA INFILTRADO	152
IV.1. El 11-S: La situación de emergencia y el estado de necesidad	152
IV.2.El debido castigo del espionaje y la calificación de “infiltrado” o espía traidor ..	152
V. LA INTERPRETACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.....	154
V.1. Sobre sus hechos probados.....	154
V.2. El trato esperable al prisionero de guerra.....	154
V.3. El delito de abuso de autoridad	155
V.4. Los elementos penales. Naturaleza jurídica	156
V.4.1. La tipología básica.....	156
V.4.1.1. El maltrato de obra	156
V.4.1.2. El trato inhumano o degradante.....	157
V.4.2. La participación por omisión en la comisión del delito (FJ 5º), coautoría y participación del extraño	158
V.5. El valor jurídico de un <i>Standardization Agreement</i> , STANAG (OTAN)	160
VI. EL ESPIONAJE Y EL CONTRAESPIONAJE, UNA INTRODUCCIÓN HISTÓRICA. LA INFORMACIÓN PREVIA COMO UNA CONSTANTE DE MANTENIMIENTO DEL PODER	162
VI.1. El espionaje para <i>Sun Tzu</i>	162
VI.2. El espionaje en la antigüedad	162
VI.3. El espionaje en la guerra medieval.....	163
VI.4. Desde el primer capitalismo hasta la actualidad.....	163
VII. LA IMPORTANCIA DEL SECRETO. DEFINICIÓN	164
VII.1. El secreto como deber de cargo y como método.....	164
VII.2. El aprendizaje por el terrorismo de la burocracia.....	164
VII.3. La distinción entre Información e Inteligencia.....	165
VII.4. Las consecuencias del espionaje.....	165
VIII. MÉTODO DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN	166
VIII.1. Fuentes y redes	166
VIII.2. Censores y contraespionaje	166
IX. LA RELACIÓN DEL ESPIONAJE CON EL SABOTAJE ANTE LAS NUEVAS AMENAZAS DE HOY. EL NUEVO ESPACIO DE LA CIBERAMENAZA	166
IX.1. La importancia de las nuevas tecnologías: el nuevo espacio cibernético para la guerra y la delincuencia.....	166
IX.2. Formas de manifestación de la nueva amenaza	167
IX.2.1.El envenenamiento informático masivo.....	167

IX.2.2. La manipulación de datos y pérdida de su confidencialidad	168
X. PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y OPERATIVA: UNA APROXIMACIÓN GENERAL...	168
X.1. Multiplicidad de jurisdicciones implicadas y nuevos delitos	168
X.2. La investigación criminal transfronteriza	171
X.3. El elemento subjetivo de la conducta	174
XI. EL MÓVIL ORIGINARIO DEL ESPIONAJE	175
XI.1. La Monarquía y el comercio	175
XI.2. Los Tratados de diplomacia	176
XII. LA CASUÍSTICA MEDIÁTICA DEL ESPIONAJE: TIPOS Y CASOS EMBLEMÁTICOS	177
XII.1. Espionaje internacional: la ciberguerra y los agentes dobles	177
XII.1.1. La Ciberguerra: El caso Chino, el de los EE.UU e <i>Israel</i>	177
XII.1.2. Casos emblemáticos de agentes dobles: El <i>caso Ames-Hanssen</i> y el <i>Caso Roberto Flórez</i>	180
XII.2. El Espionaje de Seguridad y la Defensa Nacional: <i>El Caso Manglano</i> y el <i>Caso Perote</i>	181
XII.3. El Espionaje empresarial: el <i>Caso Antonio Asunción</i>	182
XII.4. El Espionaje financiero: el <i>Caso Falcianni</i>	182
XII.5. El Espionaje político: el <i>Caso Método 3</i>	184
XII.6. El Espionaje diplomático: el caso <i>Corinna Zu Sayn-Wittgenstein</i>	185
XII.7. El Espionaje financiero: <i>Caso Nóos</i>	185
XII.8. El Contraespionaje militar de infiltración	186
XII.9. El Contraespionaje yihadista en <i>España (Caso Nureddim Ziani)</i>	187
XII.10. El Espionaje médico y forense	187
XIII. LAS OPERACIONES MILITARES FUERA DE ÁREA: SU LEGALIDAD	188
XIV. "LA OPERACIÓN JERÓNIMO"	189
XIV.1. Postura manifestada por <i>D^a Araceli Mangas Martín</i>	189
XIV.2. Una aproximación crítica	189
XIV.3. El estado de la cuestión	191
XIV.4. La normativa y la doctrina	193
XIV.5. El debate operacional de su posible ejecución	198
XV. LA OCUPACIÓN MILITAR	200
XV.I. Historia y marco jurídico aplicable	200
XV.I.1. Antes del siglo XVIII. Ejemplos	200
XV.I.2. Después del siglo XVIII	201
XV.I.3. Normativa	201
XV.II. Problemas derivados del régimen jurídico	202
XV.II.1. Su inicio y fin	202
XV.II.2. La relación de su régimen de duración con las operaciones en ese territorio de rescate de rehenes en su caso	202
XV.II.3. Una solución ante ocupaciones interminables producto de una toma de rehenes	205
XV.III. EL Orden público y la Seguridad	206
XV.III.1. Dos conceptos de Seguridad Pública	206
XV.III.2. El alcance jurídico del concepto de Orden Público	206
XV.IV. El Bando militar	207
XV.IV.1. Concepto	207
XV.IV.2. Requisitos y Naturaleza	207
XV.IV.3. El debate de su valor como norma	207
XV.IV.4. Directrices para su propia confección	208
XV.V. Las Medidas de índole civil y patrimonial	208
XV.V.1. El Alcance de la posesión creada por la ocupación	208
XV.V.2. Los derechos y obligaciones consecuentes para el soldado	209
XV.V.3. Medidas patrimoniales: La diferencia entre pillaje y saqueo	209
XV.VI. Medidas de índole administrativo	210

XV.VI.1. Las Autoridades funcionariales	210
XV.VI.2. Las prohibiciones, con carácter general, de medidas contra natura a la institución de la ocupación	210
XV.VII. Las medidas de índole penal con alcance jurisdiccional	211
XV.VII.1. La legislación aplicable	211
XV.VII.2. El procedimiento penal en general	212
XV.VII.3. Las Penas.....	213
XV.VII.4. La detención preventiva	214
XV.VII.5. Las Diligencias penales	216
XV.VII.6. El Derecho de defensa.....	217
XV.VII.7. El Derecho a recurso	218
XV.VII.8. El Juicio y fallo	218
XV.VII.9. La entrega y trato del reo	219
XV.VIII. El problema de las jurisdicciones concurrentes	219
XV.VIII.1. La competencia jurisdiccional en general.....	219
XV.VIII.2. Jurisdicciones que pueden concurrir	220
XVI. OPERACIONES DE PAZ	226
XVI.I. Concepto y marco legal	226
XVI.I.1. El problema de su abuso.....	227
XVI.I.2. Naturaleza, evolución y tipos.....	229
XVI.II. La relación entre la “ocupación bélica” y las “misiones de paz”: regímenes jurídicos entrelazados.....	232
XVI.II.1. El marco y la conceptualización de la figura	232
XVI.II.2. Razones de su estudio para el desarrollo de la actividad militar (<i>una hipótesis plausible</i>)	232
XVI.III. Análisis de la práctica a través de un trabajo de campo: La participación operativa de <i>España</i> en <i>Umm Qasar (Iraq)</i>	235
XVI.III.1. El análisis de la situación fáctica	235
XVI.III.2. El análisis previo de la misión, ya en «la mar»	236
XVI.III.3. El área bélica y sus características La ocupación.....	238
XVI.III.4. El régimen jurídico.....	239
XVI.III.5. El problema del estatus bélico.....	241
XVI.III.6. La misión posconflicto	244
XVI.III.7. Lecciones aprendidas proyectadas en el caso del <i>Líbano (Diferencias y Similitudes)</i>	246
XVII. LA GESTIÓN DE CRISIS DEL TERRORISMO INTERNACIONAL POR LAS LEYES DE LOS CONFLICTOS ARMADOS	248
XVII.I. La preocupación que mueve a esa gestión	248
XVII.I.1. El punto de partida: Un acuerdo cuasi-universal.....	248
XVII.I.2. El problema de los guerrilleros y la Extradición	249
XVII.II. La problemática de la extradición.....	250
XVII.II.1. La aplicación analógica de la ley de la guerra al terrorismo.....	250
XVII.II.2. El papel atribuible a la Jurisdicción Militar	251
XVII.II.3. Su alcance y significado: juzgar ya a “enemigos”	253
XVII.III. La situación previa y posterior al 11-S	254
XVII.III.1. La aplicación práctica del argumento “ <i>a fortiori</i> ”	254
XVII.III.2. Análisis crítico: ¿Están cambiando las reglas?, ¿las estamos mezclando?, o ¿es que las estamos aplicando mal?	255
XVII.IV. Enseñanzas prácticas (“del nuevo enemigo” a la vista)	256
XVII.V. El trabajo de campo realizado	258
XVIII. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN EL ESPACIO TERRESTRE (I).....	260
XVIII.I. El planteamiento general que se realiza	260
XVIII.I.1. Exordio previo: una óptica singular en el tratamiento del tema	260
XVIII.I.2. El TRABAJO DE CAMPO.....	260

XVIII.II. La perspectiva metódica: el tráfico rodado en zona. Las circunstancias de ambiente en un siniestro circulatorio	261
XVIII.II.1. La Documentación: el atestado.....	261
XVIII.II.2. La conveniencia de la inspección ocular <i>in situ</i>	261
XVIII.II.3. Las técnicas precautorias del tráfico rodado	262
XVIII.II.4. Las actuaciones para caso de accidente con víctimas	262
XVIII.II.5. El problema de la falta de matriculación de los vehículos	267
XVIII.III. La perspectiva instrumental: la experiencia. Los ponderables fácticos de un posible camuflaje de transporte: análisis práctico a la luz de las “compras” realizadas en “Kabul”	267
XVIII.IV. La perspectiva formal: soluciones jurídicas al problema del camuflaje en misiones.....	269
XVIII.IV.1. Las características legales de un objetivo militar	269
XVIII.IV.2. Las condiciones de licitud de enmascaramiento de un objetivo militar.....	271
XVIII.V. Análisis de la heterogeneidad estatutaria: el problema de la legítima defensa respecto al personal civil que sigue a la fuerza	273
XVIII.V.1. El caso de los intérpretes	273
XVIII.V.2. El sujeto activo: análisis de la figura de los intérpretes y las debidas precauciones	273
XVIII.V.3. Su categorización teórica en el ámbito Internacional	274
XVIII.V.4. Las deducciones prácticas de la anterior categorización teórica.....	275
XVIII.VI. Enseñanzas obtenidas.....	278
XIX. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN EL ESPACIO TERRESTRE (II): LA REQUISA MILITAR	279
XIX.I. Objeto de estudio	279
XIX.II. Figuras afines.....	279
XIX.III. La requisa	280
XIX.IV. El caso de la requisa para socorro humanitario.....	280
XIX.V. El pillaje en la legalidad militar	282
XIX.V.1. Ámbito disciplinario.....	282
XIX.V.2. Ámbito penal	282
XIX.V.3. Los postulados básicos	283
XX. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN EL ESPACIO TERRESTRE (III). LA SEGURIDAD EN LAS UNIDADES MILITARES ESPAÑOLAS	286
XX.I. Planteamiento	286
XX.II. La Seguridad y el Orden público	287
XX.III. El alcance de la normativa glosada	288
XX.IV. La seguridad (no operacional) en unidades	290
XX.IV.1. La sistematización de la normativa	290
XX.IV.2. La actuación del militar como “agente de la autoridad”	290
XX.IV.3. Las condiciones de actuación.....	291
XX.IV.3.1. Las guardias como servicio de armas.....	291
XX.IV.3.2. Las diferencias y similitudes entre centinela y vigilante	291
XX.V. LAS NOVEDADES EN LA NUEVA NORMATIVA: LAS PROPIAS Y LAS DE LA SEGURIDAD PRIVADA.....	292
XX.VI. Enseñanzas	296
XX.VII. Jurisprudencia y legislación	297
XXI. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN EL ESPACIO AÉREO	297
XXI.I. Las libertades aéreas	297
XXI.II. La problemática del concepto del “espacio aéreo”	298
XXI.III. El régimen especial de las “aeronaves de estado”, con especial referencia a las militares	299
XXI.IV. El establecimiento de “zonas prohibidas”	302

XXI.V. La repercusión de actos terroristas aeronáuticos en la normativa a nivel internacional.....	303
XXI.VI. El uso de los “drones”.....	304
XXI.VI.1. Su etimología y actualidad.....	304
XXI.VI.2. Los problemas legales.....	305
XXI.VI.3. El arma alternativa posible contra el <i>dron</i>	309
XXI.VII. La Defensa Nacional en España y las Comunidades Autónomas: los conflictos de competencia en el régimen de los vuelos rasantes de helicópteros.....	310
XXI.VII.1. Dificultades que se plantean.....	310
XXI.VII.2. La conciliación entre la normativa estatal y autonómica.....	310
XXI.VII.3. El caso especial de la isla del Perejil.....	312
XXII. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN LA MAR Y LA PIRATERÍA.....	312
XXII.I. El reto de su resurgimiento.....	312
XXII. I.1.Los requerimientos conjuntos de la lucha contra el terrorismo internacional en la mar y la piratería.....	312
XXII. I.2. La relación de la piratería con el terrorismo como nuevo desafío.....	313
XXII. II. Análisis del caso del “ <i>Sirius Star</i> ”.....	313
XXII. II.1. Los antecedentes fácticos.....	313
XXII. II.2. La reacción de la Comunidad internacional.....	313
XXII. III. La piratería en la normativa internacional.....	314
XXII. III.1. Su origen consuetudinario.....	314
XXII. III.2. La regulación jurídica.....	314
XXII. IV. Los esfuerzos de la lucha contemporánea contra la piratería y la respuesta de Naciones Unidas.....	316
XXII. IV. 1. Las resoluciones Consejo de Seguridad ONU.....	316
XXII. IV.2. La actuación de la UE: la Operación Atalanta.....	316
XXII. V. Los desafíos legales.....	316
XXII. VI. La articulación de soluciones legales.....	318
XXII. VII. Los criterios de la jurisdicción penal.....	319
XXII. VII.1. Desde una perspectiva del Derecho Internacional Público.....	319
XXII. VII.2. Los principios jurisdiccionales.....	319
XXII. VII.3. Las consecuencias particularizadas.....	319
XXII. VIII. Análisis crítico.....	321
XXII. IX. Referencia a un caso especial: el caso <i>Bankovic</i> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).....	323

CAPÍTULO III. NORMATIVA, JURISDICCIÓN Y FUERZAS ARMADAS FRENTE AL TERRORISMO INTERNACIONAL..... 328

I. PLANTEAMIENTO PREVIO.....	329
I.1. Antecedentes legales.....	329
I.2. Fuerzas de Reserva (<i>Stand by Forces</i>).....	329
II. EL ASESORAMIENTO AL MANDO.....	331
II.1. El esquema orgánico y funcional de una asesoría jurídica de Operaciones. El asesoramiento al Mando: la cadena de Mando.....	331
II.2. La problemática operacional.....	331
III. EL ASESORAMIENTO AL CONTINGENTE.....	333
III.1. El alcance del servicio.....	333
III.2. La capacitación.....	333
III.3. Los aspectos esenciales en la capacitación.....	333
IV.1. Una pincelada al modelo francés.....	335
IV.2. El modelo británico.....	335
IV.3. El modelo norteamericano.....	337
IV.3.1. Su Historia.....	337

IV.3.2. El peculiar Programa Norteamericano de Asistencia Legal Ampliado (ELAP)	339
IV.3.3. Alcance del servicio El Programa Ampliado de Asistencia legal	339
IV.3.4. Una doble aproximación crítica al sistema norteamericano (por Ejércitos y por Estados)	340
V. EL MODELO ESPAÑOL	341
VI. CONSIDERACIONES PARCIALES	343
VII. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL CONSIDERACIONES PREVIAS	344
VII.1. La naturaleza jurídica del art.23 de la LOPJ	345
VII.2. Planteamiento de cuestiones suscitadas en torno a las reformas del 2009 y del 2014	345
VIII. LOS NEXOS ACTUALES DE JURISDICCIÓN ESPAÑOLA UNIVERSAL	350
IX. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA UNIVERSAL PREVIA	354
X. LA EVENTUAL INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR	357
XI. LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA NACIONAL FRENTE A LOS NUEVOS RETOS, ENTRE ELLOS EL TERRORISMO	357
XII. CONSIDERACIONES PARCIALES	359
XII.1. Argumentación a favor en torno a la jurisdicción española Universal	359
XII.2. Argumentación en contra de la Jurisdicción española Universal	359
XII.3. Los Problemas que se suscitan, por ejemplo, en relación al terrorismo	359
XIII. LA NORMATIVA PENAL SOBRE TERRORISMO POR PAÍSES. SU TRANSVERSALIDAD: UN ANTES Y UN DESPUÉS DEL 11-S	360
XIV. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL EN EL ÁMBITO REGIONAL	363
XV. LA NORMATIVA ANTITERRORISTA ANGLOSAJONA, ASIÁTICA Y DE LA INDIA	364
XVII. NORMATIVA EUROPEA	376
XVII.I. Centroeuropa	376
XVII.II. Países del Norte	384
XVII.III. De países latinos, con especial referencia a España	385
XVIII. LA REGULACIÓN NORMATIVA INTERAMERICANA CONTRA EL TERRORISMO: EL TRATADO DE BARBADOS Y LA NORMATIVA EUROPEA (LA CONVENCION EUROPEA SOBRE LA SUPRESION DEL TERRORISMO)	394
XIX. LA NORMATIVA ANTITERRORISTA DE LA UNIÓN EUROPEA COMO ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL	394
XIX.I. El hito histórico del 11-S y sus consecuencias en la UE	394
XIX.II. Normativa de lucha antiterrorista anterior al 11-S	395
XIX.II.1. La Resolución de 30 de enero de 1997 del Parlamento europeo 1997/1181	395
XIX.II.2. Consideraciones, significaciones y medidas preventivas	396
XIX.II.3. Información y persecución penal. Cooperación policial y judicial	396
XIX.III. Normativa de lucha antiterrorista tras el 11-S	396
XIX.III.1. La Posición Común del Consejo 2001	396
XIX.III.2. La Resolución del PE de 24 de octubre de 2002	397
XIX.III.3. Hacia la decisión del consejo de 2003	399
XIX.III.4. Comunicaciones de la Comisión de 2004 y 2005 relativas a la mejora de la información y cooperación	400
XIX.III.4.1. <i>El problema de la financiación</i>	400
XIX.III.4.2. <i>Seguimiento: Organización delictiva, Grupo terrorista, listas electrónicas, cuentas bancarias, transparencia de personas jurídicas, medidas de restricción de movimientos, registro de penados europeo</i>	401
XIX.III.4.3. <i>La formulación de los principios</i>	404
XIX.IV. Consideración parcial: la adaptación regional europea del Derecho de Gentes en virtud del principio de su dinamismo histórico	408

XX. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN SU AFECTACIÓN AL DERECHO MILITAR.....	409
XX.I. Las consideraciones preliminares.....	409
XX.I.1. Objetivos propuestos y Metodología.....	409
XX. II. SUPUESTOS DE ESTUDIO.....	412
XX.III. Contextos y umbrales jurídicos de los supuestos expuestos.....	414
XX.III.1. En <i>Bosnia</i> , Primer supuesto	417
XX.III.1.1. <i>Las manifestaciones similares a las huelguísticas y ciertas reclamaciones por daños extracontractuales</i>	417
XX.III.1.2. <i>La transcendencia penal de la condición profesional o no del soldado y la obediencia debida, el cumplimiento de un deber, el miedo insuperable o el presupuesto social de una actitud distinta a la esperada socialmente</i>	420
XX.III.2. En <i>Iraq</i> , Segundo supuesto	424
XX.III.2.1. <i>La dificultad de las eventuales autopsias y las aeronaves sanitarias</i> ..	424
XX.III.2.2. <i>La problemática de la detención provisional en travesía</i>	427
XX.III.2.3. <i>La custodia de prisioneros de guerra en labores de protección y vigilancia así como su interrogatorio y su intimidación personal y familiar</i>	436
XX.III.3. En <i>Afganistán</i> , Tercer supuesto	437
XX.III.3.1. <i>Atentados a patrullas</i>	437
XX.III.3.2. <i>Precauciones de buen uso para el material de Defensa</i>	437
XX.IV. Situación y gravedad; antijuricidad y culpabilidad de los supuestos; cuestiones de admisibilidad, competencia y legitimación; y aspectos importantes circundantes a tener en cuenta: el derecho de defensa.....	438
XX.V. Propuestas y consideraciones parciales.....	440
XXI. TERRORISMO INTERNACIONAL Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	441
XXI.I. Las razones de la previsión de su enjuiciamiento por el TPI	441
XXI.II. El terrorismo: ¿delito o crimen de guerra?	442
XXI.II.1. Su ambigua calificación jurídica en determinadas situaciones.....	442
XXI.II.2. Sus riesgos	442
XXI.III. El caso <i>Abu Eain</i>	442
XXI.IV. El problema de la confusión del terrorista con el guerrillero Un Abogado	443
XXI.V. Soluciones jurídicas ante el (anterior) abuso: razones de una mínima justicia, la arbitral, llevada a cabo por la CPI.....	443
XXII. EL ESTATUTO DE LAS VÍCTIMAS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	448
XXII.I. Preceptos estudiados	449
XXII.II. Consideraciones previas y la problemática del estatuto general, estatal e internacional, sobre las víctimas.....	450
XXII.II.1. El papel procesal principal de la víctima ante el TPI.....	450
XXII.II.2. El papel central del Estado para conseguir su tutela: <i>el perjudicado</i>	451
XXII.II.3. La jurisdicción estatal	452
XXII.II.4. El especial caso de las víctimas de terrorismo en conflictos bélicos.....	454
XXII. III. El régimen positivo de las víctimas en el estatuto de <i>Roma</i>	455
XXII.III.1. La víctima en la fase de investigación del Fiscal	455
XXII.III.1.1. <i>Las observaciones que puede realizar y III.1.2. Su posible interrogatorio anterior</i>	455
XXII.III.2. Los derechos e incidencias del interrogatorio	456
XXII.III.3. Las precauciones del Fiscal	456
XXII.III.3.1. <i>Las del grupo de víctimas y de su dependencia y XXII.III.3.2. Las de testigos por su persona</i>	456
XXII.III.4. La Audiencia ante la Sala de Cuestiones preliminares	456
XXII.III.5. La vía indirecta de su pretensión de recusación de magistrados.....	457
XXII.III.6. La citación de comparecencia ante el Fiscal en la Fase de investigación y enjuiciamiento.....	457
XXII.III.6.1. Su forma XXII.III.6.2. Sus derechos, y XXII.III.6.3. Protección y	

precauciones como prueba válida	457
XXII.III.7. La posible comparecencia en la audiencia de confirmación de cargos de un acusado.....	458
XXII.III.8. El juicio. La necesidad imperativa de su consentimiento para la asistencia y el respeto del principio de igualdad de armas	459
XXII. IV. La reparación	459
XXII. V. Los recursos expresamente previstos	460
XXII. V.1. La regla general.....	460
XXII. V.2. La excepción que la confirma	460
XXII.V.3. El plazo de su interposición y su posible prórroga	460
XXII.V.4. El procedimiento del recurso	460
XXII.VI. La protección a nivel de cooperación internacional y de asistencia judicial	460
XXII.VII. La crítica doctrinal y consideraciones finales.....	461
CAPÍTULO IV. LA ACTUACIÓN ESPERADA DE LAS FUERZAS ARMADAS COMO PROPUESTA GLOBAL Y GENÉRICA	464
I. SITUACIONES FRENTE A LAS QUE SE PUEDEN ENCONTRAR.....	466
I.1. Los distintos supuestos previstos del empleo de la fuerza: paz, guerra y conflicto armado	466
I.2. La problemática ante zonas grises. Situaciones infra-Derecho Internacional humanitario	468
II. LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL	469
III. LOS DERECHOS INTERNOS.....	470
IV. LA INTERRELACIÓN DEL DIP CON EL DERECHO INTERNO A TRAVÉS DEL PAPEL DE DERECHO GOLENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS	471
IV.1. Su complementariedad por tener un mismo fin	472
IV.2. El núcleo duro que no puede ser suspendido en ningún caso	472
V. EL EDIFICIO JURÍDICO	472
V.A. Paz y guerra.....	472
V.A.1. El Derecho de los Conflictos armados a través de las Convenciones de Ginebra y de la Haya.....	473
V.A.2. El Derecho de los Derechos Humanos: sus Instrumentos.....	474
V.A.3. Derecho Internacional Consuetudinario	474
V.B. Los altercados internos	476
V.B.1. Como presupuesto de restricción de derechos	476
V.B.2. Las apreciaciones de su existencia.....	476
V.B.3. Los Disturbios internos y otras situaciones de violencia interna. Derecho aplicable	478
V.B.4. Su dificultad.....	479
V.B.5. Estados de Excepción. Derecho aplicable	479
V.C. Conflictos armados	480
V.C.1. Los no internacionales.....	481
V.C.2. Los internacionales.....	483
V.C.3. Un <i>tertium genus</i> : los Conflictos armados internacionalizados	485
V.D. El especial caso de las misiones de paz	485
V.E. Terrorismo internacional.....	486
CONCLUSIONES.....	488
BIBLIOGRAFÍA.....	526
ANEXO 1. AMPLIACIÓN DE CONTENIDOS	552

ABREVIATURAS

- A.C. (a.C):** Antes de Cristo.
- ACNUR:** Alto Comisariado de Naciones Unidas para el Refugiado.
- ABA:** Asociación de Abogados Americanos.
- ABM:** Tratado (ICBM) entre EEUU y la URSS de misiles balísticos Intercontinentales.
- ADN:** Ácido Desoxirribonucleico.
- AENA:** Aeropuertos españoles y Navegación Aérea.
- AFSPA:** Ley de Fuerzas Armadas (Hindú)-Poderes especiales.
- AG (ONU):** Asamblea General de la ONU.
- AGM:** Academia General Militar.
- AIJA:** Asociación Internacional de Jóvenes Abogados.
- AIP:** Publicación de Información Aeronáutica.
- AIT:** American Institute of Thecnology; o La Primera Internacional.
- ALA:** Ejército (británico) de Asistencia Legal.
- ALC:** *Army Legal Corps* (Cuerpo Legal de Ejército –británico-).
- ALN:** La Alianza Libertadora Nacional (*Brasil*).
- AMAIUR:** Es una coalición política española soberanista y de izquierda que actúa en el *País Vasco y Navarra*. Fue conformada por *Eusko Alkartasuna, Alternatiba, Aralar* e independientes de la izquierda abertzale para concurrir a las elecciones generales de 2011.
- ANLF:** *American National Liberation Front*.
- Art:** Artículo.
- ASEAN:** (Asociación de Naciones del Sureste Asiático).
- AUMF:** Ley (norteamericana) de Autorización del Uso de la Fuerza Militar.
- BBC:** *British Broadcasting Corporation* (Corporación Británica de Radiodifusión).
- BILDU:** *Reunir(se)* en euskera, es una coalición electoral española de ideología independentista vasca y perteneciente al denominado polo soberanista de izquierda, conformada por los partidos políticos *Eusko Alkartasuna y Alternatiba*, las agrupaciones *Herritarron Garaia y Araba Bai*, y otros independientes *abertzales* y de izquierda.
- BOD:** Boletín de Defensa.
- BOE:** Boletín Oficial del Estado.
- BPS:** Brigada Político Social.
- BWC:** Convención sobre prohibición de armas biológicas (1972).
- CAAS:** Convenio de Aplicación del Acuerdo de *Shengen*.
- CABT:** Convención sobre prohibición de armas biológicas y tóxicas (1972).
- Cap:** Capítulo.

CADH: Convención Interamericana de los Derechos Humanos.
CAfDH: Carta Africana de los Derechos Humanos.
CAI: Conflicto armado Internacional.
CANI: Conflicto armado no Internacional.
CcT: Convención contra la Tortura y los Tratos Inhumanos o Degradantes.
C.c: Código Civil.
CDI: Comité de Derecho Internacional.
CDN: Convención de los Derechos del Niño.
CG: Convenios de Ginebra
CI: Comunidad Internacional.
CPI: Corte Penal Internacional.
CS: Consejo de Seguridad.
CE: Constitución española.
CEAC: Conferencia Europea de Aviación Civil.
CECA: (Antigua) Comunidad Europea del Acero y del Carbón.
CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CELS: Centro de Estudios Legales y Sociales (en *Argentina*).
CEPAL: Comisión Económica para *América Latina*.
CESEDEN: Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional.
CFR (Crf.): Confróntese.
CG: Convenios de Ginebra.
CGAE: Consejo General de la Abogacía Española.
CGPJ: Consejo General del poder Judicial.
CÍA: Agencia Central Estadounidense de Inteligencia.
CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja.
CIJ: Corte Internacional de justicia (TIJ: Tribunal Internacional de Justicia).
CIMIC: Cooperación cívico-militar.
CM: Comité Militar (UE).
CNA: Congreso Nacional *Africano*.
CNN: *Cable News Network* (en español: Cadena de Noticias por Cable).
Coord: Coordinador.
COPS: Comité Político y de Seguridad (UE).
CP: Código Penal.
CPA: Autoridad Provisional de la Coalición (ocupante en *Iraq*).
CPI (ML): Partido comunista indio marxista y leninista.
CPM: Código Penal Militar.
CS: Consejo de Seguridad (de Naciones Unidas).
D.C. (d.C): Después de Cristo.
DCRI: Dirección Central de Investigación Interior francesa.
DGT: Dirección General de Tráfico.
DNI: Documento nacional de Identidad.
DNS: Sistema de nombres de dominio.

DI: Derecho Internacional.
DIH: Derecho Internacional Humanitario.
DIHDH: Derecho Internacional Humanitario de los Derechos Humanos.
DIP: Derecho Internacional Público.
DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.
E: Estados.
EA: Ejército del Aire.
E.E.A.A.: Estatutos de Autonomía.
Ed: Edición (p.ej. "cast": en castellano).
EE.UU.: Los Estados Unidos de (Norte) América.
ELAP: Programa Norteamericano de Asistencia Legal Ampliado.
ELN: Ejército de Liberación Nacional *boliviano*.
EM: Estado Mayor.
EMAT: Equipo médico avanzado del Ejército de Tierra (español).
EME: Estado Mayor del Ejército.
EOKA: *Ethniki Organosis Kyprion Agoniston* (español: Organización Nacional de Combatientes Chipriotas).
EPLF: *The Eritrean People's Liberation Front (EPLF)*.
ER: Estatuto de *Roma* (CPI), instrumento constitutivo de la CPI.
ERC: Esquerra Republicana de Catalunya.
ERP: Ejército Revolucionario del Pueblo (*Argentina*).
ESMA: Escuela Mecánica de la Armada (*Argentina*).
ET: Ejército de Tierra.
ETA: Euskadi Ta Askatasuna ("Patria vasca y Libertad").
Et.al.: y otros.
EURATOM: Comunidad Europea de la Energía Atómica.
FALN: Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (*Venezuela*).
FAMET: Fuerzas Aeromóviles del Ejército de Tierra.
FARC: Fuerzas Armadas Revolucionarias de *Colombia*-Ejército del Pueblo. (FARC-EP).
FAS: Fuerzas Armadas.
FIA: Federación Interamericana de Abogados.
FLN: Frente de Liberación Nacional (*argelino*).
FLQ: *Front de Liberation de Quebec*.
FRAP: Frente Revolucionario Antifascista y Patriota.
FJ: Fundamento jurídico.
FUCI: Federación de Universitarios Católicos Italianos.
GAL: Grupos Antiterroristas de Liberación.
GI: Grupos Insurgentes.
GICM: Grupo Islámico Combatiente *Marroquí*.
GRAPO: *Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre*.
HJ: Juventudes hitlerianas.

- HRW:** *Human Rights Watch*.
- IAEA:** Agencia Internacional de la Energía Atómica.
- I.B.A.:** International Bar Association (de la Abogacía).
- Ibidem:** En el mismo lugar.
- ICANN:** Organismo internacional informático regulador de los nombres de dominio.
- ICBM:** Tratado (ABM) entre EEUU y la URSS de misiles balísticos Intercontinentales.
- IESD:** Identidad Europea de Seguridad y Defensa.
- IFALPA:** Federación Internacional de Pilotos.
- ILA:** Comité sobre Terrorismo Internacional de la Asociación de Derecho Internacional.
- INA:** Ejército Nacional Hindú.
- Infra:** (Párrafo) Parte inferior.
- In fine:** Parte final.
- IRA:** *Irish Republican Army* (voluntarios irlandeses).
- ISAF:** Fuerza de Asistencia Internacional de Seguridad (en *Afganistán*).
- ISI:** Inter-Services Intelligence (Servicio de Inteligencia de *Pakistán*).
- ISIS:** El Estado islámico de *Iraq y Siria*, según sus siglas en inglés. (Daesh)
- IUS GENTIUM:** El Derecho (Internacional) de Gentes (Derecho Natural).
- IUS IN BELLO:** El Derecho aplicable en la conducción de la guerra.
- IUS PEREGRINDANDI ET DEGENDI:** El Derecho a viajar y comerciar.
- JAG:** *Advisor Legal* (norteamericano).
- JEMAD:** Jefe de Estado Mayor de la Defensa.
- JVP:** Frente de Liberación Popular (*Sri Lanka*).
- KGB:** «Comité para la Seguridad del Estado» (agencia de inteligencia soviética y rusa).
- LAWS:** un (nuevo) cañón láser (norteamericano).
- LECRIM:** Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LEF:** Ley de Expropiación forzosa.
- L.O.A.:** Carta de Asistencia Operativa.
- Loc.cit.:** En el lugar citado.
- LOCOJM:** Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.
- LOPJ:** Ley Orgánica del Poder Judicial.
- LOPP:** Ley Orgánica de Partidos Políticos.
- LOPSI:** Ley (francesa) de orientación y de programación sobre la seguridad interior.
- LORDFAS:** Ley Orgánica del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.
- MINISDEF:** Ministerio de Defensa.
- MIT:** Organización Nacional de Inteligencia (en Turco).
- MLN:** Movimientos de Liberación Nacional.
- MLNF:** *Moro National Liberation Front*.

- MLNG:** Movimiento de Libertación Nacional *Galego*.
- MOUs:** *Memorándums* de Entendimiento.
- MPDL:** Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad.
- MRTA:** Movimiento Revolucionario *Tupac Amaru*
- Nº (nº):** número.
- NASA:** *National Aeronautics and Space Administration* (Administración Nacional de la Aeronáutica y el Espacio).
- NATO:** Organización del Tratado *Atlántico*.
- NDFB:** Frente Nacional Democrático de *Bodoland* (Hindú).
- NN.UU.:** Naciones Unidas.
- NOP (SOP):** Norma operativa.
- NKGB:** Una checa de la antigua URSS.
- NSCN. (NSCK-IM):** Consejo Nacional Socialista de *Nagaland* (Hindú).
- OACI:** Organización Internacional de la Aviación Civil.
- Ob.cit.:** Obra citada.
- OCAH (OCHA):** Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios.
- OGPU:** Una checa de la antigua URSS.
- OEA:** Organización de Estados *Americanos*.
- OEO:** Oficina (norteamericana) de Oportunidad Económica.
- OIEA:** Organismo Internacional de Energía Atómica.
- OIPC-INTERPOL:** Organización Internacional de Policía criminal.
- OIT:** Organización Internacional del Trabajo.
- OLP:** Organización para la Liberación de *Palestina*.
- O.M.:** Orden Ministerial.
- OMI.:** Organización Marítima Internacional.
- OMP:** Operaciones de Mantenimiento de la Paz.
- OMS:** Organización Mundial de la Salud.
- ONG:** Organización no gubernamental.
- ONU:** Organización de Naciones Unidas.
- ONUDD:** Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Op.cit.:** Anteriormente citado.
- OSCE:** Organización de Seguridad y Cooperación *Europea*.
- OTAN:** Organización del Tratado *Atlántico*.
- P (p, pág.):** página.
- PA:** Protocolo Adicional.
- PCE:** Partido Comunista de *España*.
- PCUS.:** Partido Comunista Soviético.
- P.ej.:** Por ejemplo.
- PESC:** Política Europea y de Seguridad Común.
- PESD:** Política Europea de Seguridad y Defensa.
- PIDCP:** Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- PIDESC** Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales.

- PÍO (OI):** Oficial de Información.
- PM:** Policía Militar.
- PP:** Partido Popular.
- PRT:** Equipos de Reconstrucción Provincial.
- PSOE:** Partido Socialista Obrero *Español*.
- PKK:** Partido de los Trabajadores del *Kurdistán*.
- RAF:** Fracción del Ejército Rojo (en *Alemania*).
- RCSNU:** Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
- RD:** Real Decreto.
- RDP:** Revista de Derecho Público.
- REDEM (RDEM):** Revista española de Derecho Militar.
- REDI:** Revista española de Derecho Internacional.
- RELAB:** Grupo de la red de laboratorios de alerta biológica.
- RFA:** (Antigua) República Federal Alemana.
- RGT:** Reglamento de la Guerra Terrestre.
- RJ:** Revista Jurídica Aranzadi (de legislación o jurisprudencia en su caso).
- ROE:** Reglas (operativas) de Enfrentamiento.
- RROO:** Reales Ordenanzas.
- SA:** Sociedad Anónima; fuerzas de combate hitlerianas.
- SALT:** *Strategic Arms Limitation Talks* (Tratado –Acuerdos- sobre misiles antibalísticos, en inglés «*Conversaciones sobre Limitación de Armas Estratégicas*»).
- SAOJI:** Servicios de Asesoramiento y Orientación Jurídica a Inmigrantes.
- SD:** Guardia de seguridad de Hitler.
- SDI:** Iniciativa de Defensa Estratégica (“guerra de las galaxias”).
- SDI:** Sujetos de Derecho Internacional.
- SEPLA:** Sindicato Español de Líneas Aéreas.
- SOFA:** Acuerdo del Status Operativo de la Fuerza.
- SORTU:** (*nacer, surgir o crear en euskera*) es un partido político español cuyo ámbito de actuación son las comunidades autónomas del País Vasco, Navarra y el País Vasco francés (denominado como Euskal Herria).
- SS:** Guardia personal de Hitler.
- Ss:** (páginas) Siguietes.
- STANAG:** Acuerdos de normalización OTAN.
- START:** *Strategic Arms Reduction Treaty* (Tratado de Reducción de Armas Estratégicas).
- STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional. En plural: SSTC.
- STEDH:** Sentencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos.
- STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.
- SUA:** Convención de 1988 para la supresión de actos ilegales contra la Seguridad de la Navegación.

- SWAPO:** Es el acrónimo en idioma inglés de *South-West African People's Organization* (Organización del pueblo de África del Sudoeste).
- TC:** Tribunal Constitucional.
- TFG:** Gobierno (somalí) Federal de Transición.
- TNP:** Tratado de No proliferación Nuclear.
- TIC:** (*Tactical incident combat*). Incidente táctico de combate.
- TIJ:** Tribunal Internacional de Justicia (CIJ: Corte internacional de Justicia).
- TJP:** Tehreek-e-Jaferia (Organización terrorista Hindú).
- TJUE:** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TOP:** Tribunal de Orden Público.
- TPIJ:** Tribunal Permanente Internacional de Justicia.
- TPIY:** Tribunal Penal Internacional de la *Ex Yugoslavia*.
- TPIR:** Tribunal Penal Internacional de *Ruanda*.
- TUE:** Tratado de la Unión Europea.
- UCD:** Extinto partido político de Unión de Centro Democrático.
- UCLM:** Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.
- UE:** Unión Europea.
- UEO:** Unión Europea Occidental (extinta).
- U.I.A.:** Unión Internacional de Abogados.
- UIBA:** Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados.
- UK:** United Kingdom (*Reino Unido*).
- ULFA:** Frente Unido de Liberación de *Assam* (Hindú).
- UNCLOS:** Convención (1982) de las Naciones Unidas sobre la Ley del mar, "La Convención".
- UME:** Unidad Militar de Emergencias.
- UNITA:** *Unión Nacional para la Independencia Total de Angola*.
- UNMOVIC:** Comisión de las Naciones Unidas para la Inspección, la Verificación y el Desarme.
- UPyD:** Unión Progreso y Democracia.
- URSS:** (Antigua) Unión soviética.
- UNSCOM:** Comisión Especial de Naciones Unidas para el Desarme de Irak.
- Ut Supra:** Encabezado (parte) superior.
- Vid:** Véase.
- Vol:** Volumen.
- WRB:** "skin heads *White Rebels Barcelona*" (banda neonazi).
- ZIDA:** Zona de Identificación de la Defensa Aérea. (En *Asia*).

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene un doble origen continuado desde hace más de diez años. Uno teórico y curricular que está conformado principalmente por los estudios realizados sobre Seguridad y Defensa que fueron impartidos *a nivel nacional* por el Instituto General Gutiérrez Mellado de *Madrid*, vinculado a la UNED, y por el Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional en *Madrid*, ambos en sus diferentes Máster; por la Escuela de guerra del Ejército de Tierra en *Madrid* en la cursada materia de observadores de paz; también por la Escuela de Estudios Jurídicos en *Madrid* con motivo de la diplomatura de la especialidad de Derecho Internacional Público en el Cuerpo Jurídico militar y del Curso de Derecho Militar Operativo; así como *a nivel Internacional* mediante la participación en jornadas que asimismo fueron en su día convocadas por el Instituto de Derecho Internacional, con sede en *San Remo (Italia)*, acerca de los conflictos armados en general, por la Escuela Militar del Ejército en *Lima (Perú)* sobre los conflictos armados de carácter interno y por la Sociedad Internacional del Derecho de los conflictos armados y de la Cruz Roja en *Québec (Canadá)* respecto a la faceta operativa del *adviser legal* en misiones de paz y otros aspectos relacionados al respecto. Tales aprendizajes han sido a su vez complementados por distintos cursos, simposios y otras jornadas a cuya convocatoria se asistió mediante la presentación de comunicaciones y ponencias u otras publicaciones, entre ellas las del Consejo General del Poder Judicial en *Madrid*, que figuran en distintas obras colectivas o formatos digitales y a los que en su caso se hace mención a lo largo de la obra.

Otro práctico que se remonta a la participación en cuatro misiones de Operaciones de Paz (no todas OTAN) como asesor jurídico en el equipo de apoyo al mando español (en *Bosnia*, año 2002; *Iraq*, año 2003; y dos veces en *Afganistán*, años 2004 y 2007/2008) del contingente desplegado en Zona de Operaciones. Tales vivencias, homologables a la línea de investigación finalmente diseñada, han servido para realizar los principales trabajos de campo reflejados en la Tesis y dotarle de una base empírica no desdeñable.

Esa línea de investigación consiste en explorar la relación existente entre los conflictos armados y el terrorismo como dos fenómenos que coinciden en el empleo de la violencia para llegar a obtener un fin político determinado de un modo que *a priori* no sabemos si es distinto, equivalente o parecido.

Nuestra intención, limitada por la función jurídico-profesional estrictamente cometida (de instrucción y asesoramiento jurídico) y por la prudencia exigible ante la peligrosidad de practicar cualquier “invento” en la materia terrorista objeto de estudio, ha sido combinar el bagaje doctrinal con las experiencias obtenidas dentro de un proceso refinado de recopilación de datos cuyo resultado ha sido finalmente obtenido en “los laboratorios” de la propia Facultad de Derecho de la UNED en *Madrid* mientras se reflexionó la presente Tesis. Sobre la base de la anterior inquietud el objetivo propuesto al confeccionarla ha sido no sólo someter a revisión las bases teóricas de la lucha antiterrorista internacional en general sino centrar su crítica constructiva en la aportación que pueden realizar las Fuerzas Armadas atendiendo al fin que no sólo las justifican sino al papel que potencialmente puedan desarrollar en la relación existente entre dos fenómenos violentos que en cualquier caso siempre les afectan y hasta les pueden redimensionar: guerra y terrorismo.

Respecto a la metodología empleada, entre los medios científicos utilizados se destacan *la técnica de entrevistas* con soldados sobre el terreno, que es el caso del apartado relativo al análisis del terrorismo en el espacio internacional terrestre; *la encuesta*, con una muestra de población civil muy sesgada (la de funcionarios compañeros de trabajo), acerca del apartado referido a la gestión de la crisis del terrorismo por las leyes de los conflictos armados; *la observación* en el trato a prisioneros de guerra en el Campo de prisioneros iraquíes de *Camp Bucca*, así como de la propia estancia en el *buque de asalto anfibio Galicia* de la Armada española (durante su travesía desde España hasta el puerto de *Umm Qsar* al inicio del segundo conflicto del Golfo Pérsico en el año 2003) determinando el estatuto belico aplicable en su momento, así como el alcance de la legítima defensa y de las reglas de enfrentamiento para ciertos supuestos; también el aprovechamiento de noticias provenientes de fuentes abiertas (*hemeroteca*) para el refuerzo de pensamientos teóricos a través de ejemplos; el *diligenciamiento de expedientes* de atestados de accidentes y ataques sufridos tanto por nativos como por el personal de contingente armado desplazado a zonas de operaciones; y, por último, tampoco se ha desechado dar rienda suelta a *la propia imaginación* a la hora de plantearse situaciones que, si bien en la realidad no tenían una connotación terrorista, como el caso de la huelga de los controladores aéreos españoles en el año 2011, por una relación de semejanza y de asociación de ideas al caso pudiera interesar su referencia.

En el desmenuzamiento crítico de los anteriores instrumentos utilizados conviene advertir que en *la técnica de entrevistas* con militares se han guardado estrictamente las exigencias de confidencialidad y anonimato requeridas para conseguir la veracidad buscada en el “experimento”; que sobre *la encuesta* podemos decir que la muestra “es la que es”, poco representativa y con una población muy sesgada (la que sólo por razones de trabajo se tenía más cercana)

cuya limitación se ha suplido con el simulacro adicional de suplantar sus respuestas con las que, según su propio leal saber y entender, darían *imaginativamente* otros nacionales extranjeros; que *la observación* ha sido en cierto modo privilegiada por haber instruido expedientes, directa o indirectamente, junto con los miembros de las fuerzas armadas desplazadas, no sólo nacionales; que en los detalles de la observación y diligenciamiento se han guardado de nuevo la confidencialidad y anonimato exigibles para la debida protección de datos (sobre todo en un tema tan sensible como el del terrorismo); que la referencia a *la hemeroteca* es amplia y variada, antigua y contemporánea, así como anotada e incluso comentada más que citada; y, por último, que se ha intentado que nuestra imaginación haya estado también lo más apegada posible al seguimiento de *la realidad social* que le ha servido de fuente inspirativa.

A través del Derecho en su triple dimensión preventiva, aplicativa e interpretativa de normas, *la motivación* que nos ha llevado a abordar este tema de tan desgraciada actualidad ha sido, como cualquier otro jurista, tratar modestamente de ayudar a erradicar la violencia. En este caso se refiere a la que conlleva el fenómeno terrorista cuando pueda tener su origen, causa o efecto en conflictos donde, por su naturaleza armada e internacionalizada, intervienen ejércitos de distintas nacionalidades, esto es, con diferentes actuaciones, mentalidades, estrategias, roles y fines. Entre ellos el español, que como destinatario final de la obra es el que más nos interesa junto con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y cualquier otro tipo de público relacionado en general.

El primer título que se barajó fue “*El esfuerzo de la lucha antiterrorista como desafío internacional*” porque tal esfuerzo no puede ser exclusivo de un país o de una región. Para poder ser eficaz tiene que serlo a nivel global. No obstante, parece más preciso y completo el título actual, esto es, “*la actuación de las fuerzas armadas en las situaciones de guerra y terrorismo según su conexión fenomenológica e histórico-jurídica*” porque desde el punto de vista fundamentalmente normativo e histórico se pretende saber qué papel concreto pueden jugar las Fuerzas Armadas en ese nuevo y analógico cometido respecto al bélico que tradicionalmente han tenido siempre asignado. El adjetivo “internacional” lo suprimimos y entendemos que va de suyo cuando el campo más específico de la tesis la centramos en la actuación de las Fuerzas Armadas y en la conexión que, como hipótesis central, se puede apreciar entre los dos fenómenos que pudiendo ser el subtítulo constituyen el objeto claro de analogía: guerra y terrorismo.

En el proceso de su elaboración, dado el punto de vista adoptado, se ha prescindido de un capítulo expresamente histórico cuya publicación

complementaria se reserva para mejor ocasión. No por ello deja de estar implícitamente realizado en estas páginas. A medida que los capítulos requerían del estudio de normativa se apreciaba que las menciones históricas principales solían salir solas. Por otro lado, la transversalidad de la materia implica que esta parte de la metodología empleada haya estado influida por las fuentes de una bibliografía no sólo jurídica sino la más amplia de las ciencias sociales y de humanidades, junto con los temas sobre Seguridad. Justamente esta indisociable relación entre género y especie, la propia de la materia y de la ciencia jurídica en sí, es la que nos permite afirmar que el dato empírico tampoco ha sido excluido como referencia experimental mínima de un fenómeno cuyo estudio, en suma, es por todos aceptado como complejo y resbaladizo. En definitiva, no hay en él, ni quizás deba de haberlo, una uniformidad de criterio. La opinión causal y original que del terrorismo se pueda tener varía según quien sea el estudioso que lo haga, el lector, sus ideologías y sus vivencias. En este estudio aportamos las nuestras porque la falta de una definición comúnmente aceptada del fenómeno terrorista en la Comunidad Internacional no es ningún óbice para afrontarlo en cualquier circunstancia. Definirlo es una “tarea quijotesca” que si bien en un principio se intenta como conjetura la simple práctica observada entre las relaciones Internacionales estatales refuta su aceptación universal. Definitivamente no la hemos realizado pero sí adelantamos que nuestra idea central sobre la que se podría asentar es que *el terrorismo internacional actual se ha convertido no solo en una amenaza o riesgo de nuestra Seguridad cooperativa y global sino en un acto exportado de guerra a lugares donde no hay conflicto armado manifiesto, fenómeno de atentados ante el que no cabe como respuesta social ordinaria occidental manifestar el cinismo aburguesado que supondría pensar que “a mi no me va a pasar”*. Esta lacra tiene naturaleza *erga omnes*. Nos afecta a todos donde quiera que sea el sitio en que cualquier atentado tenga lugar por simple seguridad presente y futura, es decir, aunque no seamos los perjudicados ni las víctimas directas en el momento en que su flagelo también azote a la Comunidad Internacional. Todos somos sus víctimas y, sobre todo, el militar es consciente de ello más que nadie porque en su trabajo se enfrenta cara a cara a la amenaza, al dolor, la muerte, el juicio en un banquillo o el homenaje patrio. En situaciones peligrosas no sólo puede verse expuesto a la condición de haber causado baja, de declarársele desaparecido, o ser rehén, escudo humano, preso, prisionero, o ser acusado de mercenario o espía, sino ser incluso letal y directamente abatido como un mártir por alguien a quien no tiene formalmente declarado u observado como “el enemigo”, mientras que por otra parte la situación responsable provocada de su correcta o mala actuación en situaciones críticas, las que son propias de esta clase de lucha, viene a veces también determinada por elementos normativos del tipo penal internacional y estatal que, en función de variables tales como la situación de estar en paz o conflicto armado, de “guerra” propiamente dicha, del tipo de misión encomendada, de la situación o no de alerta consignada, o de la

guardia en su caso asignada y de qué tipo, con o sin porte de arma, horario y uniforme, la realización o no de la función de simple vigilante o centinela, la condición o no de agente de la autoridad, así como de los diferentes poderes que se le otorgan para poder disparar, requisar objetos o custodiar personas, ya sea en cometidos propios o de colaboración policial y de lucha antiterrorista, son todos ellos factores que, sin perjuicio de la responsabilidad estatal por ello también derivada, si no se tienen objetivamente claros pueden llevarle ante una determinada situación siniestra a que su conducta pueda ser calificada en juicio de causante, concausante, o el autor, coautor, colaborador necesario, cómplice o coadyuvante de semejante resultado. Por otro lado, también podrá ser testigo, perito, víctima, perjudicado o, en el mejor de los casos, ser considerado socialmente un “héroe” por su valor acreditado y no solo supuesto.

La obra podría en su estructura ser dividida en muchos más capítulos, menores, tal como en un principio se hizo y que a la vista del índice aún se pudieran fácilmente rastrear en función de la temática de los grandes apartados que figuran desglosados. En un segundo proceso, por recomendación tutorial, se ha conseguido acomodarla en cuatro. Se encuentran encabezados con una breve explicación acerca de su propósito, fin, objeto e hipótesis.

El primero, sobre “*El terrorismo en el Derecho de Gentes atendiendo a sus causas, efectos y diversos tipos*”, aborda la contemplación del fenómeno terrorista para explicar su existencia, nunca para justificarla, como hecho antinatural en todo caso previsto y sancionado por el Derecho más ético. Somos conscientes de que a lo largo de la Historia ese enfoque ha sido una constante, pero la respuesta a las cuestiones que se plantean en el tiempo sí varían en función del distinto conflicto social que pueda haber detrás del fenómeno y sus diversos tipos a los que pasamos revista. No obstante, si ese conflicto es bélico, no por ello desaparece el fenómeno terrorista. Puede pervivir, mantenerse o estar latente. Esta es la razón por la que, a los efectos de saber cuál es su utilidad para las Fuerzas Armadas, a través de una serie de preguntas centradas en saber cuál es la relación entre ambas situaciones y las bases del planteamiento futuro de su supuesta analogía, postulamos como primera hipótesis **que si el terrorismo internacional contemporáneo no sólo es un delito, entonces también es un acto de guerra.**

Se estudian las teorías relacionadas con la violencia en general, del terrorismo y los conflictos armados en particular. Se pretende comprender desde una perspectiva provechosa para la Institución Militar cuáles son los posibles factores sociales, históricos y personales del fenómeno así como describir de qué manera pueden influir en la falta de un concepto universal como el mayor obstáculo que sólo *ha sido en parte superado* por la normativa Internacional gracias a los

principios del Derecho Natural de Gentes y, en especial, del Derecho humanitario de los conflictos armados.

El terrorismo de Estado, y en menor medida el crimen internacional con el que a veces puede estar relacionado (el caso de la mafia), son también expuestos mediante casos comentados y algunos de los cuales son de discutible encaje en su calificación definitiva. Esta técnica comparativa de institutos nos sirve de antesala para completar el panorama actual de la violencia más política y deducir del propio desarrollo histórico de contiendas y del concepto de la neutralidad (apreciada en sus variadas formas) cuáles son las obligaciones estatales internacionalmente convenidas en materia de lucha “contraterrorista” y no sólo antiterrorista, esto es, por cuanto que después del 11-S ha habido un antes y un después, que con el tiempo ha afectado a las últimas reformas nacionales de los códigos penales y sobre las que en especial nos centramos, para el caso de España, en la última del Código Penal Común y el Militar.

El segundo capítulo, sobre “*Pros y contras de la gestión del terrorismo a través de las leyes internacionales de los conflictos armados y no como delito*”, exige como requisito de semejante valoración remontarse al ambiente de las figuras jurídicas previstas por el Derecho humanitario de los conflictos armados en su ámbito personal y colectivo.

Se pormenorizan los estatutos de prisionero de guerra, de las operaciones militares fuera de área, de la ocupación militar y las operaciones de paz, pero en especial se hace un estudio detallado del espionaje como técnica tan utilizada como asimismo combatida por el terrorismo.

Es una simbiosis muy posible sobre la que reflexionamos haciendo principalmente dos observaciones. Por un lado, se alerta del peligro de confusión de estatutos bélicos y hasta de ignominias sociales de casos que judicialmente al menos debieran de tener la misma transcendencia mediática de su persecución para no caer en el agravio comparativo que supone distinguir el tipo de víctimas por razón de su diferente trabajo estatutario. Por ejemplo, nos referimos al caso de los agentes del CNI muertos en Iraq respecto al caso de periodistas igualmente abatidos. Su repercusión en España ha sido cualitativamente distinta.

Por otro lado, la posible infiltración de terroristas en las Fuerzas Armadas de los Estados. Se trata de un aspecto no baladí teniendo en cuenta que la influencia actual e inversa del terrorismo actual sobre el Derecho tradicional de los conflictos armados es que el teatro de las hostilidades adquiere una nueva dimensión aparte de las superficies terrestre, aérea o marítima, y que también en estas páginas se desarrollan. Tratamos del espionaje en el ciberespacio. Conlleva problemas

operativos y jurisdiccionales. Se pretende recoger la evolución del espionaje como una herramienta cada vez más refinada del terrorismo de todo tipo que coadyuva al logro de su fin táctico y político antes, durante, y después de cualquier atentado o crimen. Aunque defendemos que es una práctica originalmente bélica también lo es aprendida y delictiva. Al igual que ocurre en los conflictos armados, y aunque la tecnología pueda ser parecida o diversa, la extracción y el análisis secreto de datos en la sociedad resulta determinante en la preparación y comisión de los delitos, sobre todo en los más graves. La internacionalidad cada vez más pronunciada del fenómeno, su progresiva interrelación con el crimen transfronterizo y los conflictos armados ocurridos en cualquier sitio, la convierten en una actividad de por sí ya peligrosa cuya prevención y castigo supone un problema mayúsculo para su enjuiciamiento jurisdiccional y su combate operativo. Ante el complejo y manifiesto desafío que suponen las nuevas tecnologías, surge una incógnita (*¿cuál es, por tanto, su solución?*) que a duras penas tratamos de despejar. No es fácil.

De la semejanza antes aludida entre el terrorismo y los conflictos armados así como de su contemplación por la normativa de los conflictos armados, se infiere que la actuación de las Fuerzas Armadas al respecto no está muy lejana de la posible gestión del terrorismo a través de tales normas bélicas *incluso en tiempo de paz*, y esta circunstancia conlleva nuevas e importantes consecuencias de nivel no sólo operativo sino jurisdiccional. Esa equivalencia entre ambos fenómenos obliga a preguntarse si la gestión bélica del crimen a efectos penales, criminológicos y disuasorios por parte de todos los Estados, puede llegar a superar el vacío de persecución punitiva del terrorismo mediante la tradicional excusa expuesta ante una solicitud de extradición de que se trata de un “delito político” contra el que no cabe concederla. Para evitarla se tiene en cuenta la ventaja que supone el alcance prácticamente universal de la normativa bélica sobre cualquier otra normativa de paz estatal y en todo caso penalmente singular. Su fundamento es que el terrorismo es un acto tan odioso como la propia guerra. En ese papel puede tener su juego la jurisdicción marcial y el carácter progresivamente más global del fenómeno que de una u otra forma siempre debe de encontrarse penalmente tipificado.

Se estipula como segunda hipótesis **que el ceñido corsé constitucional de la jurisdicción militar, por estar referida en nuestro país sólo “al ámbito estrictamente castrense”, no impide que pueda conocer también de los actos terroristas cometidos en tiempos de paz si, tal como estamos haciendo, se entienden como actos prolongados de hostilidad militar a los que por analogía se les puede aplicar la ley de los conflictos armados.**

El tercer capítulo, que lleva por título “*Normativa, jurisdicción y Fuerzas Armadas frente al terrorismo internacional*”, siguiendo la anterior lógica, aborda el papel ya más concreto del asesoramiento jurídico y de la jurisdicción militares frente al terrorismo atendiendo a las distintas legislaciones nacionales. Ambas facetas son un rol compartido con otras fuerzas de seguridad y jurisdicciones estatales. Se revisa su gran amplitud mediante el análisis del Derecho comparado y se somete a crítica.

Desde el punto de vista más específico del alcance del asesoramiento jurídico posible por la Institución a un militar acusado de algún cargo se aprecia que las distinciones son más formales que de fondo. El sistema de asesoramiento anglosajón, al igual que el europeo continental en general, caso del modelo español, tiene un límite: somete la posibilidad de asistencia jurídica *en juicio* del militar interesado por parte del Estado siempre que no haya conflicto de intereses, y lo hacen bien a través de un miembro del Cuerpo jurídico militar en determinados casos del sistema anglosajón, bien a través de un Abogado del Estado en el sistema europeo continental, que es lo que a veces sólo les diferencia respectivamente. Pero en este caso concreto de posible acusación el resultado suele ser el mismo; es decir, por razón de la grave acusación de terrorismo, es lógico que se excluya tal tipo de asistencia jurídico-estatal en favor de un militar *en un juicio* toda vez que los intereses ventilados entre una y otra parte estarían dentro de una dialéctica totalmente opuesta. Parece más lógico que la intervención castrense estatal en este caso se limite a la estrictamente jurisdiccional y acusatoria, no a la defensora.

Por su parte, en cuanto a la posible faceta militar jurisdiccional en sí, juzgando en materia de terrorismo no sólo a militares sino también a civiles, históricamente ha sido posible no sólo en la España preconstitucional sino con arreglo a las legislaciones pretéritas de emergencia que se estudian por países, siendo un rebrote actual de tal hito la propia “*guerra contra el terrorismo*” declarada tras el 11-S y dentro de los cánones del llamado “*Derecho penal del enemigo*”. No obstante, aunque el juicio militar a un terrorista ha sido en los tiempos recientes una solución de guerra más aceptada en el mundo anglosajón que en el europeo, conforme a lo que se concluye en el Capítulo II consideramos que ante la realidad de los nuevos tiempos se trata de una posible solución frente a la que no debe de caber ningún prejuicio histórico, político o ideológico. Podría llegar a ser hasta “lo normal” en un futuro.

Una vía que lo hace posible es la participación cada vez mayor de las Fuerzas Armadas en escenarios multinacionales de conflicto donde también aparece el terrorismo. Aunque actualmente el Tribunal Penal Internacional no conozca aún de esta materia en forma propia sí que en tal sentido incluso está legislativamente prevista la colaboración estatal española con dicha Corte.

Respecto a esta instancia judicial nos planteamos dos cuestiones. Por un lado, los tipos de colaboración concreta que podría tener cualquier militar, sobre todo el experto en leyes, y en especial atendiendo al estatuto de las víctimas de los crímenes que castiga, entre los cuales puede incluirse en la actualidad el terrorismo de forma impropia, esto es, si reviste los requisitos exigidos para adquirir la forma de crimen de lesa humanidad o de guerra, según los casos. Por otro lado, la tácita redacción de derechos y deberes de las víctimas en el estatuto de Roma podría obedecer a que la consolidación de ese régimen se trata de un nuevo principio del Derecho de Gentes. Es una convicción a partir de la cual intentamos aclarar ese documento tácito en otro que lo sea concentrado, manifiesto y más expreso sobre tal materia.

Terminamos así un capítulo donde previamente se plantea como tercera hipótesis **que si se potencia institucionalmente tal clase de colaboración en el ámbito internacional entre los distintos y variados sujetos de Derecho Internacional, no sólo en el Derecho interestatal, ello da lugar a que esa máxima seguridad cooperativa se convierta en un factor de prevención general del terrorismo no desdeñable por conllevar una probabilidad menor de comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra, y, por tanto, también del terrorismo.**

Por último, en el cuarto capítulo, sobre “*La actuación esperada de las Fuerzas Armadas como propuesta global y genérica*”, se termina intentando escudriñar la normativa internacional para la debida actuación prevista de las distintas situaciones en que *mutatis mutandis*, al estar de por medio la amenaza del terrorismo o de un conflicto que palpite, se pueden encontrar los miembros de las Fuerzas Armadas, que son el objeto y destinatario principal de la tesis y el que da finalmente razón a su título.

Se formula como última hipótesis que si **la lucha contra el terrorismo Internacional quiere ser legítimamente eficaz debe de tener un carácter preventivo, represor y permanente que, a su vez, para ser eficiente, requiere de un estudio omnicomprendivo y transversal** (no sólo jurídico) **que está ligado en todo caso a la correcta aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, a diferencia para un terrorista, la guía constante de actuación para todo militar.**

Finalmente, como líneas de investigación futuras que se proponen, son las que han quedado extramuros del particular objeto de la presente tesis. Son los casos del problema de las armas de destrucción masiva, la negociación y el diálogo con terroristas o las políticas de reinserción y régimen de prisiones. Entendemos que

su mera alusión puede inspirar futuros trabajos, y no sólo internacionalistas como el presente. El tema es casi infinito, actual y tan preocupante como necesario de abordar porque, ante las dudas que conlleva el solo hecho de acometerlo en un principio, como bien nos dijo un amigo Fiscal en Las Palmas cuando por su interés sobre el tema se ofreció generosamente a leer el primer borrador allá por el año 2005, sus más destacables palabras de consuelo que dejamos anónimamente transcritas fueron las siguientes:

“Si para combatir eficazmente a un enemigo la máxima militar exige conocerlo, identificarlo, a veces comprenderlo y tratarlo, hemos de concluir que en esta “guerra” nos encontramos en pañales y partimos en clara y manifiesta desventaja. Debemos iniciar ese primer e imprescindible camino del conocimiento y toda aportación es válida y estimable, por insignificante que pueda parecer”.

CAPÍTULO I

EL TERRORISMO EN EL DERECHO DE GENTES ATENDIENDO A SUS CAUSAS, EFECTOS Y DIVERSOS TIPOS

El presente capítulo tiene como objetivo conseguir un primer marco teórico sobre la evolución del terrorismo como un fenómeno que, según las distintas visiones de la Seguridad, puede o no estar ligado a un conflicto armado y, en su caso, con la actuación de las Fuerzas Armadas.

Para ello realizaremos un estudio de las teorías relacionadas con la violencia en general y de los conflictos armados en particular, todo ello con el fin de comprender desde una perspectiva práctica para la Institución Militar cuáles son los posibles factores sociales, históricos y personales del fenómeno así como describir de qué manera pueden influir en su falta de definición universal como el mayor obstáculo *sólo en parte superado* por la normativa Internacional gracias a los principios del Derecho de Gentes y, en especial, del Derecho de los conflictos armados; principios por los que (a efectos de evitar cualquier clase de terror) se imponen obligaciones al Estado y a otros sujetos de Derecho entre sí para prevenirlo, sancionarlo, juzgarlo y, sobre todo, castigarlo.

La primera dificultad que se plantea consiste en estudiar la conexión del fenómeno de la guerra con el del terrorismo: *¿Es el terrorismo es un medio violento alternativo a la guerra o, por el contrario, es un acto propio de ella? ¿Cuáles son los casos en que España, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales y estando ajena a ningún prejuicio, podría en virtud de su normativa interna contemplar la posibilidad de enjuiciar a un terrorista por la jurisdicción militar incluso en tiempo de paz y no sólo en tiempo de guerra o en estado de sitio?*

Como hipótesis se establece que ***que si el terrorismo internacional contemporáneo no sólo es un delito, entonces también es un acto de guerra.***

I.LAS MANIFESTACIONES DE SUS EFECTOS Y DE SUS POSIBLES CAUSAS

¿Cuál es la causa del terrorismo: el imperialismo y el colonialismo, el nihilismo, la delincuencia común o el ateísmo metodológico, u otras?

I.1.La fábula del halcón y el ruiseñor

La “fábula del halcón y el ruiseñor”¹, aquella por la que el fuerte (el halcón) no sólo se conforma con vencer, sino que desea aniquilar al débil (el ruiseñor), humillarlo y vejearlo, es desde antiguo un paradigma del imperialismo formulado con un argumento aristocrático.

I.2.Sus consecuencias

Si la guerra basada en principios aristocráticos lo es de aniquilación del adversario, mezclada a veces con ejercicios de magnanimidad caprichosa por parte del vencedor -quien, como el halcón, puede aplastar o perdonar a su víctima-, *el terrorismo, como una lucha del débil, también puede entenderse como reacción a una de sus causas concretas* que está detrás de esa fábula: el imperialismo y el colonialismo.

II.LA HETEROGENEIDAD DE LAS CAUSAS Y SUS EFECTOS

II.1.Los valores que ataca

Son el de la Paz y la Seguridad. “Seguridad” viene del latín “*se-curus*”, el que se cuida de sí mismo; esto es, el que busca medios para garantizar su propia existencia y conservación. El terrorismo podría ser visto así como un fenómeno que es producto del instinto de supervivencia del débil que no puede afrontar una guerra de igual a igual con el adversario frente a sus tribulaciones. La seguridad, ante todo, es *una percepción del individuo o de las sociedades*. La aquí apuntada, pues, es una más.

II.2.Los inicios remotos del *Ius Gentium*

Podría atribuirse a los *estoicos*. Afirman la existencia de una sola ley común a todos los hombres y, por tanto, de una sola patria universal común a todos ellos. Se proclama la igualdad de la humanidad en naciones *hostiles* entre sí. La ciudadanía está abierta a todos en la ciudad universal ya que se basa en la razón (rasgo común a cualquier hombre). La historia, gobernada por la providencia divina, según los *estoicos*, tiende hacia *una comunidad universal regida por un sistema jurídico de ámbito mundial*, compuesto de múltiples ramas locales y en la que todos tienen el *sentimiento de pertenencia y concordia*. Más adelante volveremos a este punto.

¹ Vid. EYMAR, C. (2001). *De la Historia y concepto del desarme*. Madrid: MINISDEF. ISBN: 84-7823-824-7, pp. 30-31. En la propia vida hay terror. La naturaleza demuestra que lo justo es que aquél que vale más y es más capaz, tenga más que el inferior.

III. NIHILISMO Y TERRORISMO

III.1. La ausencia de Dios como causa abstracta

Los cimientos de nuestra cultura occidental abocaban a la paz o a la guerra teniendo presente a Dios. No contemplaban el terrorismo como un fenómeno distinto o intermedio. Se suele hablar ya de la violencia contemplando al terrorismo de atentados como un subproducto del nihilismo, es decir, una situación en la que tendemos a solidarizarnos con quienes no están seguros de nada. Es una característica de nuestro tiempo que la sociedad repudie en menor grado al nihilismo que al terrorismo porque no es una situación tan claramente perturbadora de la convivencia en paz. El nihilismo tiene una apariencia de menor peligrosidad social manifestada, aunque puede a veces ser el motor que esté detrás de una actuación terrorista posterior. Se trata, pues, de una causa abstracta. El terrorismo es un efecto concretado del nihilismo, de la ausencia de Dios.

A la hora de explicar el fenómeno ha habido historiadores del primer cuarto de siglo pasado, referidos por **LACQUEUR**², que sólo han visto en el terrorismo *una mera exageración del espíritu guerrillero para pedir reformas en el vigente sistema social*, de forma que han dado a la sociedad una *visión tranquilizadora* de él al creer que la mejora en la tutela de derechos humanos disolvería las raíces de la violencia rural o urbana. Así, según ellos, en los países modernizados los atentados terroristas debieran de tratarse y de mezclarse estadísticamente con *la delincuencia común*. Pero esta es una visión optimista y tranquilizadora de la seguridad para una sociedad aburguesada del bienestar que quiere ver en el terrorista un mero delincuente, de forma que se trata de un fenómeno residual, en declive y que tiene lugar por oleadas. Por el contrario, ha habido teólogos como **WILHEIM KASCH** para quienes el terrorismo es constituyente inevitable de una sociedad sin Dios, la consecuencia del “*ateísmo metodológico*”³.

III.2. Evolución conceptual adjetiva: Seguridad local, nacional, interior, exterior y colectiva

El terrorismo no es sólo una amenaza de seguridad específicamente militar. *Familia, tribu, grupo, ciudad y nación* son el resultado de una evolución como primeras identidades políticas que ofrecen criterios clasificatorios para *la exclusión y la discriminación*. Todas las posteriores identidades colectivas van unidas a determinadas formas históricas de discriminación: de los ciudadanos contra los esclavos, de la metrópolis contra la provincia, etc. Pero esas formas de

² **LACQUEUR, W.** (1977). *Terrorismo*. Libro traducido en 1980 por Espasa Calpe para su colección Biblioteca de Ciencias políticas.

³ **ALONSO BAQUER, M.** (2003). Grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista *Cuadernos de estrategia*. Madrid: MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, p.14.

discriminación e intolerancia, pueden remitirse a la inicial clasificación primitiva entre “*miembros del grupo*” y “*no miembros del grupo*”. A la identidad colectiva así construida le puede ser atribuida el deseo de seguridad. De aquí que se hable de la seguridad “*nacional*” proporcionada por las naciones, y que de ella se pueda pasar a la seguridad “*colectiva*”, a través de la proporcionada por la Carta de Naciones Unidas.

En 1975 el Acta de Helsinki, sobre “seguridad” y cooperación en Europa, ya comenzó a abrir el camino a una concepción no estrictamente militar de la seguridad. Pero esta línea se confirmó con el giro ideológico iniciado por *Gorbachov* en los años ochenta, centrado en las ideas de cooperación y no enfrentamiento o de Europa como hogar común que exige una noción de seguridad “común”. Sucesos como el accidente nuclear de *Chernóbil*, vinieron a acentuar en Occidente la sensibilidad hacia amenazas no específicamente militares, *entre ellas el terrorismo*, y a condicionar la elaboración de un concepto más amplio de seguridad. En este sentido **BARBÉ**⁴ se sirve de una metáfora, la de “*la red*”, para explicar la seguridad actual en el sistema internacional. Es decir, todas las clases de “Seguridad” que haya se articulan y sobreponen en un complejo entramado.

III.3. La acción terrorista en el contexto de la delincuencia transnacional

La Alianza Atlántica en el primer Concepto Estratégico aprobado en Roma el 8 de noviembre de 1991, después de la guerra fría, ya dejó claro que tras la desaparición de la *Unión Soviética* y del *Pacto de Varsovia* habían nacido nuevos riesgos y *entre ellos ya señalaba a las acciones terroristas* junto con la proliferación de armas de destrucción masiva y posibles sabotajes relacionados con la delincuencia transnacional. Otros documentos⁵ internacionales posteriores han subrayado esa relación. Junto con el tráfico de drogas el resto de tráfico ilícitos, según **CASTELLS**⁶, asume el liderazgo de la nueva economía criminal global. Entre el integrismo fanático, el narco-marxismo, el tráfico de armas, el blanqueo

⁴ **BARBÉ, E.** (1995). *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, p.280.

⁵ Entre ellos destacamos también **el Concepto Estratégico** aprobado por la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en 1999, **la Carta de París** para una nueva *Europa* por la Organización de Seguridad y Cooperación Europea (OSCE, 1991), **La Declaración de Lisboa** sobre un Modelo Común y Global de Seguridad para Europa en el Siglo XXI (1996), **La Carta sobre la Seguridad Europea** (*Estambul*, 1999). Y tras el 11-S: sobre todo **la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y la Declaración del 21 de septiembre del Consejo Europeo de la Unión Europea**, antes de que el día 12 del mismo mes el Consejo de Seguridad declarase considerar ese ataque como una “*acción cubierta*” por el **art.5** del Tratado de *Washington*.

⁶ **CASTELLS, M.** (2003). *La era de la información. Individualismo y comunalismo en el origen de la violencia del siglo XX*. Comentario de Enrique M^a Silvela Díaz criado, en *Nihilismo y Terrorismo*, en el grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista “Cuadernos de estrategia”. Madrid: MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, p.172.

de dinero negro y la corrupción a gran escala existen puentes y viaductos: uno de ellos lo son “*las guerras olvidadas*”, es decir, las que **LEVY**⁷ caracteriza como aquellas en que “*al horror de morir se añade el horror de morir por nada*”, aquellas en que se ha sustituido al *héroe* (que ama la vida) por el *mártir* (que ama la muerte) o el kamikaze; guerras de pobres en las que “*en contra de la idea heredada, se mata más y con más salvajismo por cuanto se hace aparentemente sin razón ni proyecto alguno*” y en donde la función de los soldados de los “*ejércitos perdidos*” no es vencer sino sobrevivir.

III.4. Una visión particularista del terrorismo como problema conceptual

La primera referencia que se tiene del uso de la noción nihilista se debe a *Anacharsis Cloots*, en 1793, al sostener que “*la república no es deísta ni atea, es nihilista*”; por su parte, la Real Academia Española de La Lengua lo define como “*la negación de toda creencia, de todo principio religioso, político o social*”⁸. Pero **GLUCKSMANN**⁹ llega a más. Distingue entre el nihilista activo y el pasivo. Pone como ejemplo del primero la actuación del ejército ruso en *Chechenia*, donde *Putín* estuvo llevando a cabo una implacable represión y cometiendo crímenes

⁷ **LEVY, B-H.** (2003). *El filósofo del lado oscuro de la Historia*. Comentado por *Ignacio Fuente Cobo* en grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista “*Cudernos de Estrategia*”. Madrid: MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, p.134-135. En su obra *La guerra, el Mal y el fin de la Historia* pone ejemplos y se fija, por un lado, en *Sri Lanka*. Descubre un conflicto en el que la población civil se ve atenazada entre una guerrilla fanática que no duda en utilizar a los niños, enrolándolos en sus fuerzas y un ejército “*bárbaro y sin principios*”. Es un conflicto en el que ante la indiferencia de las grandes instituciones internacionales se produce “*una matanza cotidiana de inocentes convertidos no solo en rehenes, sino en objetivos de una guerra insensata*”. Por otro lado, al girar su mirada hacia *Colombia* observa también que los personajes de su guerrilla, *los Juanes, los Carlitos o los Manolos*, se limitan a sobrevivir y ve en las FARC el último rostro del comunismo “*junto con el de Cuba*”, un comunismo “*traficante*” con cara de *gánster*, que no es más que una mafia cuyo conflicto entiende en clave de tráfico de drogas, en el que la guerrilla y los paramilitares buscan suplantar al Estado “*desfalleciente*”. Una guerra reducida a un enfrentamiento de “*mandantes y monigotes, de clones y de payasos*”; el grado nulo de la política y el máximo de la bufonería; en definitiva, un estado elemental de la violencia descarnada, sin disfraz, reducida al “*hueso de la verdad sangrienta*”.

⁸ Citas que figuran en grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario sobre esta materia, que fue publicado en Diciembre de 2003 por el Instituto español de estudios estratégicos, MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, en Cuadernos de estrategia nº 124, p.104.

⁹ **GLUCKSMANN, A.** (2003). *El nihilismo como factor beligeno*. Comentado por Francisco J. Franco Suances en *Nihilismo y Terrorismo*, en el grupo de Trabajo nº. 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista Cuadernos de estrategia. Madrid: MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, cita que figura en p.109. Según él la sociedad que se deja contagiar por el nihilismo es una sociedad “*bloqueada*” (se está dejando invadir por ese fenómeno), y en esas circunstancias esa sociedad se lanza, cuesta abajo, sin meta y sin rumbo. Es la dialéctica del amo y del esclavo en la que aunque no lo sepamos todos jugamos, terminamos viviendo en una esclavitud voluntaria, y, a diferencia de *Huntington*, no afirma que exista un choque de civilizaciones sino dentro de una propia civilización, pues una de las consecuencias del atentado del 11-S es que ha dividido al mundo islámico extraordinariamente. Asimismo, tras el 11-S ha germinado una peligrosa división entre ellos: por un lado las posiciones antiamericanas y por otro los tópicos contra la vieja Europa. El foso que se está creando entre las dos riberas del Atlántico divide la política mundial, amenaza la construcción europea, arruina la OTAN y paraliza las organizaciones internacionales.

abominables contra los derechos humanos, actuando mediante el terror con premeditación y alevosía. En cuanto al nihilista pasivo estaría representado por la apatía que permite que esos crímenes se cometan. En ese sentido, la intervención aliada en *Afganistán* es una clara acción anti-nihilista.

Hasta el momento, como causa del terrorismo actual, hemos hablado entre otras del nihilismo y del imperialismo. En todo caso, *categorizar y buscar las causas* al fenómeno del terrorismo es una tarea difícil porque, además, en la Comunidad Internacional cada Estado suele percibir el fenómeno del terrorismo según su experiencia histórica. Por ejemplo, durante la guerra fría, sobre todo en los EE.UU con la "*Doctrina Reagan*"¹⁰, el terrorismo no era más que un fenómeno de desestabilización y deslegitimación en manos de los países comunistas. Esto quizá fuera así porque -ya de antes- se sabía que los anarquistas, de hecho, mataban y colocaban bombas *más como una forma de expresar una protesta que con la esperanza de derrotar a sus enemigos*. Hay además un obstáculo adicional, pero superable.

Del terrorismo no se tiene un concepto¹¹ universal y claramente definido como ocurre con la guerra; pero a la hora de estudiarlo tampoco esto es necesario. Sabemos por la historia que el origen de esta palabra ("*terrorismo*") es incierto y nunca fechado. Se hizo muy popular en las actuaciones de los "*citoyens*" en la Revolución Francesa, aunque su aplicación era totalmente opuesta a la que de ella se hace en la actualidad; en aquel entonces hacía referencia a las acciones

¹⁰ Vid **REAGAN.R.** (1987). *The Network of Terrorist States*, Taylor & Francis on line. Terrorism, 9, pp. 101-112. **WILKINSON.P.** (1987). "*La lucha contra la hidra: el terrorismo internacional y el imperio de la ley*", en **N.O'Sullivan**: *Terrorismo, ideología y revolución*, ed. cast.: Alianza Editorial, S.A., Madrid, pp. 251-272. Véase a **RAMONET, I.** (2002.a). *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*. Mondadori. Juan Andrés Toledano Mancheño lo comenta con ocasión del grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, en Cuadernos de estrategia nº 124, pp.188-189, para quien el término "*terrorismo mundial*", que pareció surgir de la zona cero tras la destrucción de las torres gemelas, tiene su origen en una época muy anterior; la primera vez que se habló de ello fue en 1981: *La Administración Reagan entró en funciones anunciando alto y claro que el centro de la Política Exterior de EE.UU, su foco principal, iba a ser la guerra contra el terrorismo internacional; en particular, contra el terrorismo de Estado, que en aquel momento estaba patrocinado, según se decía, por los rusos*.

¹¹ Eso no significa que no haya habido intentos, así a nivel teórico, que por ejemplo ha expuesto entre otros **LACQUEUR, W.** (2003). *Una historia del terrorismo*. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A, - Traducción de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar-, p.206, nota 33, aludiendo a **THORTON**, quien por ejemplo llegó a distinguir el "**terror de coacción**" y el "**terror de agitación**", asimismo equivalentes al llamado "**régimen de terror**" y "**asedio de terror**" de **MAY**, respectivamente, ambos para diferenciar el terrorismo "**de arriba**" o de Estado, y el "**de abajo**"; la definición que intentó **HARDMAN** en su "*Enciclopedia de Ciencias Sociales*", en 1934, o el que estipuló **WILKINSON** siguiendo también esa distinción predicha y que también dejamos aquí transcrita es la siguiente (Fuente: **LACQUEUR, W.** 2003. Ob. cit. , p.57): "*es terrorismo el uso, o amenaza del uso, de la violencia por parte de un individuo o grupo, lo mismo si actúa a favor como en contra de la autoridad establecida, cuando esta acción pretende efectos inductores de miedo sobre un grupo seleccionado y mayor que el de las víctimas inmediatas, con el propósito de obligar a este grupo a que acceda a las demandas políticas de los perpetradores*".

llevadas a cabo en aras de la consolidación del poder del nuevo gobierno mediante la intimidación de los contrarrevolucionarios, subversivos y otros disidentes considerados por el nuevo régimen como “enemigo del pueblo”. Pero mucho antes, y a pesar de haber sido utilizado con anterioridad de modo esporádico, el uso primero del crimen político organizado se debe a los ismaelitas o “asesinos”. Por tanto, como dice **RAMONET**¹², el término terrorismo es impreciso, aunque desde hace dos siglos se utiliza para designar indistintamente a todos aquellos que recurren, con razón o sin ella, a la violencia para intentar cambiar el orden político. No se discute, pues, su realidad como tal¹³; pero sí la distinta forma en que puede ser analizada y por ella ejecutado. Es decir, el primer diagnóstico que es preciso realizar al analizarlo, así como las acciones a emprender para su erradicación, debe situarse en torno a qué tipo de conflicto social obedece ese fenómeno: si lo hay, y si es o no actual. Puede ser nacionalista, étnico, religioso, de clase, etc.

III.5. Las notas de identidad del terrorismo actual. Su naturaleza como delito

¿Conlleva asociación ilícita, grupo armado, organización, pertenencia o dirección?

1. Entre los tópicos de la prensa a la hora de hablar de las causas del terrorismo está que brotan los atentados allí donde hay múltiples abusos de poder. La culpa no es originariamente del agente terrorista sino del inductor capitalista.
2. **DELPECH**¹⁴ cree que una de las posibles causas que contribuye al terrorismo es *la crisis de los Estados*. El siglo XX ha sido el de la hipertrofia de los Estados, el siglo XXI tal vez sea el de los Estados fallidos. La pérdida de control de los Estados, se pregunta la autora, puede suponer que estos no sean capaces de garantizar la seguridad de sus ciudadanos *e incluso puedan ser utilizados por grupos terroristas como base territorial para posteriormente llevar a cabo sus acciones en cualquier parte del planeta*.
3. Otro argumento que, según el caso se suele repetir, es que el terrorista es *un fanático religioso*. Es la tesis que más veces se nos repite en la televisión.

¹² **RAMONET, I.** (2002.a). Ob. cit. Cuadernos de estrategia nº 124, p.189.

¹³ **LACQUEUR, W.** (2003). Ob. cit. p.13. Según él *“aunque desde tiempo inmemorial ha sido posible hacer el amor o cocinar sin la ayuda de libros, lo mismo se aplica al terrorismo; en algunos casos la decisión de adoptar una estrategia terrorista se tomó sobre la base de un detallado análisis político. Pero lo habitual es que primero existiese una disposición, y que solo más tarde llegase la racionalización ideológica”*.

¹⁴ **DELPECH, T.** (2003): *Caos mundial. Terrorismo internacional*. Comentado por Vicente Hueso García en “*Nihilismo y Terrorismo*”, en el grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista “Cuadernos de estrategia”. Madrid: MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, p.218.

4. El nihilismo. Es decir: El peligro ya advertido¹⁵ que toda esta tipología de atribución causal conlleva es que allí donde cunde el nihilismo es donde mejor prevalece la opinión pública como un juez absoluto de todo, sin pensar que *en el caso del terrorismo se yergue como tópico un sentimentalismo ajeno a un análisis riguroso de la realidad que contemple como hipótesis de trabajo, también para explicarla, el que la pérdida de creencias y el desprecio radical a la existencia de Dios es en abstracto lo que generaliza en las gentes un tipo agresivo de conducta hacia sí mismo, hacia los demás y hacia los que define el terrorista como sus “enemigos”*.
5. Los antecedentes penales en torno a la definición de “terrorismo”: Antes de proceder a su definición, la Sentencia¹⁶ del 11-M realiza una serie de consideraciones previas consistentes en *saber qué es asociación terrorista*, entendiéndose por tal la que se constituye para cometer delitos de tal clase en los términos de los art.2 del Convenio Internacional para la represión de actos terroristas cometidos con bombas (adoptado por la AG de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1997) y de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002¹⁷. A sus efectos, es *grupo terrorista “toda Organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo”*, y por *Organización estructurada* se entenderá *“una Organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada”*¹⁸. En cuanto a la pertenencia *y dirección a una organización terrorista, a efectos internacionales*, se configura como una modalidad de delito de terrorismo. *Esto es así porque el art.2.2 establece que todos los Estados miembros “adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos los actos intencionales que señala, entre los que está la “ a) dirección de un grupo terrorista; b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido ...”* Sobre el concepto de terrorismo propiamente dicho la Decisión Marco citada, en su art.1.1, dispone que *“el delito ha de ser cometido con uno de estos fines: intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una Organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, (3) o bien desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas,*

¹⁵ **DALMACIO NEGRO** (2003). Columna del diario “La Razón” del 11 de marzo de 2003 (“*La opinión pública como superpotencia*”).

¹⁶ Vid. STS Sala II (de lo Penal), N° 503/08, de 17 de Julio. Su Fj 2 se remite a STS 50/07, 19 de enero.

¹⁷ Vid Anexo I.

¹⁸ Vid. Decisión Marco. Art.2.1. Fijémonos que en los delitos militares de sedición, por ejemplo, aparte de ser su sujeto activo un militar el número del acuerdo es de cuatro o más (art.91. CPM derogado y 38 y 39 actuales), por lo que la exigencia típica delictiva de número o cuantitativa, de carácter terrorista, si esta procede de un acuerdo, es además menor.

*institucionales, constitucionales, económicas o sociales de un país u Organización internacional*¹⁹. Por otra parte, se precisan algunos conceptos:

Asociación ilícita. Requisitos: La famosa Sentencia del 11-M, que recoge en su fundamento jurídico 1º los antecedentes de otras (STS nº 50/2007, de 19 de enero y STS nº 234/2001, de 03 de mayo), dispone que la Asociación Ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) la existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) una consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación –en el caso del art.515.1 inciso primero CP- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

Prueba: El delito de asociación ilícita, cuando se orienta a la comisión de delitos o cuando la asociación decide cometerlos una vez constituida, “*no requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo*”. Sin embargo, para evitar castigar meras intenciones subjetivas (Derecho Penal de autor), será preciso acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir *que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción*²⁰, aunque sea *bastante* a estos efectos con la decisión de hacerlo traducida en actos externos. En cuanto a la integración en Organizaciones terroristas de naturaleza islamista radical o yihadista el FJ.7º afirma que “(...) El terrorismo islamista radical plantea *serias dificultades de investigación*, no sólo a causa de la forma de difusión y reclutamiento amparados en su propia concepción de la religión, sino dado que las distintas células o grupos pueden organizarse y actuar de forma independiente unas de otras, sin una organización global dotada de interconexión interna que permita acceder a la misma a través de la identificación de cualquiera de aquéllas. De otro lado, su existencia se desarrolla en el seno de comunidades humanas en las que las relaciones personales aparecen en muchas ocasiones caracterizadas por una especie de *endogamia social* casi siempre caracterizada por la presencia de un fuerte vínculo religioso, lo que dificulta la distinción entre los contactos relacionados con la actividad terrorista y aquellos otros solamente basados en el

¹⁹ En dicho instrumento, después de hacer referencia a la exigencia de ese móvil o elemento subjetivo, el cual puede tener finalidad estrictamente política o no, se realiza una enumeración de acciones o resultados cometidos, los cuales siempre, para su consideración como delito de terrorismo, han de tener su origen en alguna de aquellas intenciones buscadas por el autor o autores del mismo.

²⁰ Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la *captación* de nuevos miembros, al *adoctrinamiento* y apoyo ideológico a los ya existentes, a la obtención a la *financiación* y medios materiales para sus fines, a la *preparación o ejecución de acciones* o a la *ayuda* a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho.

funcionamiento ordinario de la propia comunidad. *Las dificultades, sin embargo, deben ser superadas, ya en la fase de investigación, siempre con respeto a la esencia de los derechos fundamentales, mediante la búsqueda y acreditación de datos objetivos verificables. Sin duda, la obtención de un caudal importante de información, la cooperación internacional y la aplicación de la ley con respecto a la Constitución y a los Tratados sobre Derechos Humanos, única respuesta admisible desde el Estado de Derecho, deben arrojar resultados positivos*²¹ (la cursiva es nuestra).

Pertenencia. Indicios: Por lo que, en cuanto a la distinta consideración de “indicios” demostrativos de pertenencia por la jurisprudencia, si bien para la STS nº 888/2007, de 25 de octubre, en relación a una célula de terroristas islamistas radicales, señala que lo son *“la difusión del ideario extremista islámico, el proselitismo y captación de seguidores entre la población musulmana de España, la creación de domicilios que sirviesen de refugio a los miembros combatientes perseguidos en otros países al tiempo que de escondite y depósito de material electrónico, informático, bacteriológico o químico, en su caso, preciso para la perpetración de atentados, el apoyo y ayuda a compañeros presos, la compra y difusión de material de comunicaciones, facilitar a sus miembros así como a otros miembros del radicalismo islámico de otros países que lo precisasen, documentación falsa que facilite su integración y ocultación entre musulmana (sic) y, finalmente, estar disponibles y preparados para pasar a la acción”*, por el contrario, a la STS nº 556/2006, de 31 de mayo no le basta por sí sola *“la estancia del recurrente en un campo de entrenamiento militar”* deducida de elementos fácticos indiciarios para subsumir los hechos cometidos en el delito de integración en Organización terrorista²².

²¹ De conformidad con esta doctrina en el **FJ 14º, 51, 2 y 3**, aplicada ya al caso del 11-M, se razona que *“(…) aparece (…) un texto manuscrito por el recurrente en el que, luego de escribir su nombre varias veces en caracteres árabes y latinos, se dice que hay que matar a los incrédulos, a los enemigos de Dios y a los hipócritas, trabajar por la religión y hacer caer a los Gobiernos. No cabe la menor duda que desde perspectivas propias de una sociedad democrática, tal forma de ver la realidad y las relaciones entre seres humanos es radicalmente rechazable. Pero (…) en definitiva, de las pruebas practicadas, (…), resulta que el recurrente es una persona de ideas radicales e incluso violentas, que se relacionaba con otras personas que sostienen ideas similares, lo cual, si bien debe ser claramente rechazado en nuestra sociedad y en cualquier otra caracterizada por un sistema de libertades, y puede constituir un conjunto de indicios que justifiquen una investigación e incluso la sumisión a alguna especie de control acerca de la progresión de sus actividades, no alcanzan el rango de pruebas bastantes para acreditar la pertenencia a una banda armada, a un grupo o a una organización terrorista, para lo cual es preciso, (…) acreditar que de la mera forma de pensar se ha pasado a alguna forma de acción para hacerla efectiva por medio de la violencia o el terror”(…)*. (La cursiva es nuestra)

²² El FJ 14º, 82,2, por tanto, podrá ayudar al intérprete para los casos de duda en situaciones ambivalentes: *(criterio de la identidad de los hechos materiales, prueba del sostenimiento independiente de la organización y de su permanencia delictiva):“(…) en este sentido debe recordarse que el TJCE afirmó en la Sentencia Van Esbroeck (…) que el criterio de la identidad de los hechos materiales, ha de ser “entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”*, aunque reconoció que la apreciación definitiva a ese respecto corresponde a las

Naturaleza del delito: La jurisprudencia²³ ha señalado que el delito de pertenencia o integración de banda armada, grupo u Organización terrorista es un delito permanente²⁴. La misma jurisprudencia²⁵ requiere como requisito de este delito un sustrato primario, de carácter objetivo, constituido por “la existencia de un grupo o banda armada u Organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal Organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con el objetivo de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva, actuar con finalidad política de modo criminal.”

Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales. De esta exigencia se desprende que es precisa una mínima identificación del grupo en el que el acusado se integra, lo que implica la posibilidad de que tal integración se realice simultánea o sucesivamente en más de una Organización delictiva. En ese sentido “(...) *lo que importa, pues, es establecer la*

instancias nacionales competentes que deben determinar si los hechos materiales en cuestión constituyen un conjunto de hechos indisolublemente ligados en el tiempo, en el espacio así como por su objeto. *Como se recoge en la sentencia italiana, el TS de ese país ha señalado que para establecer el factor asociativo deben tenerse probado el sostenimiento de cada grupo u organización.* Se trata, por lo tanto, de células terroristas organizadas de forma autónoma e independiente, que funcionan bajo su propia dirección y jerarquía internas, eligiendo sus propios objetivos terroristas, aunque se inspiren, con mayor o menor fidelidad, en los postulados emanados de la cúpula de *Al Qaeda*. Así entendida, la pertenencia puede afirmarse tanto respecto de la organización central de *Al Qaeda* en sus distintas manifestaciones o funciones, como en relación a cada uno de los demás grupos o células, aunque se basen en similares o idénticos presupuestos ideológicos, siempre que se trate de organizaciones independientes entre sí.” (La cursiva es nuestra)

²³ Así, en la **STS nº 556/2006, de 31 de mayo**, se decía que “Hemos dicho en la **Sentencia nº 918/2004, de 16 de julio**, que cita la **nº 1741/2000, de 14 de noviembre**, que la integración en banda armada, que es el delito por el que fue condenado el recurrente, constituye una categoría de delitos de los que se denominan *permanentes*, en los que se mantiene una situación de antijuricidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica. En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica. En la misma línea jurisprudencial, la **Sentencia nº 532/2003, de 19 de mayo**, estableció que el delito de integración o pertenencia a banda armada y a Organizaciones terroristas es un delito de carácter permanente que subsistirá siempre que la voluntad del autor consienta dicha adscripción, sin que, por otra parte, el tipo exija un actividad determinada. Y es que las acciones concretas realizadas por los miembros de la banda constitutivas de una infracción penal autónoma son independientes del delito de pertenencia o integración pues se trata de sustratos de hecho diferentes. En igual sentido se pronuncian las **Sentencias nº 117/2003, de 19 de julio o nº 633/2002, de 21 de mayo**”.

²⁴ Ello no supone, sin embargo, que la pertenencia o integración en una determinada banda armada, Organización o grupo terrorista absorba a cualquier otra pertenencia o integración a otro grupo diferente, aun cuando se produzca una coincidencia temporal entre ambas adscripciones.

²⁵ STS nº 556/2006, de 31 de mayo.

diferente identidad entre uno y otro grupo u Organización terrorista, lo cual será posible si no existe ninguna clase de vínculo organizativo o directivo entre ambos que demuestre que se trata de la misma organización. (...)

IV. LA RELACIÓN ENTRE LA GUERRA Y TERRORISMO COMO FACTOR CAUSAL PRINCIPAL

IV.1. Una hipótesis para los dos modelos de lucha antiterrorista

Si seguimos a **ALONSO BAQUER**²⁶ contempla la hipótesis nihilista incluso referida a los dos modelos de lucha antiterrorista existentes en el mundo. Por una parte, *anglosajona*, que la entiende como una verdadera guerra, y *por otra, franco-alemana*, que es tolerante y permisiva. Ambas políticas podrían tener sus puntos de conexión si una y otras se ocuparan del “nihilismo”, que es lo que “*las aproximaría en sus designios estratégicos*”²⁷.

IV.2. El absurdo de la nueva guerra

Para algún pensador francés como **GLUCKSMANN**²⁸ estas guerras resultan insensatas y provincianas. El objetivo es reducido y de escasa entidad, no se lucha por elevados ideales y el concepto de “liberación popular” ha quedado desfasado por otro a favor de una etnia o religión específica, lo que resta al conflicto de la más mínima universalidad. Para este autor su mera existencia hace que estas guerras representen la instauración de la esclavitud como “solución final” a los problemas de la modernidad. Según el autor galo en su libro de 1968 “*Discurso de la Guerra*” las ideas de violencia y terror van intrínsecamente unidas. De hecho, toda guerra lleva en sí misma cierta dosis de terrorismo. Se trata de amedrentar al enemigo, de forma que el que más miedo produce, vence. “*Gana el que más asusta*”. Sin embargo, ese terror tiene unos límites: llevado al extremo provoca la doble ceguera del aterrorizado y del aterrorizante. *En la guerra el control del terror está bajo la disciplina que impera en los ejércitos. Cuando se emplea el terror por el terror, éste se convierte en una amenaza para ambos bandos*. La propia evolución de la humanidad ha ido poniendo coto al empleo de ese terror mediante

²⁶ **ALONSO BAQUER**. (2003). Ob. cit. nº 124, p.24.

²⁷ Téngase presente que frente a los conflictos de “*baja intensidad*” el 11-S ha hecho que el mundo más desarrollado tenga que calibrar desde entonces lo que acontece fuera de las fronteras del mundo civilizado porque ya también es de nuestro interés. A diferencia de antaño la guerra ya no se parece a la guerra, ni la revolución a la revolución; si la locura permanece fiel a su ferocidad, ahora se manifiesta “nihilista”. Nos hemos acostumbrado a vivir con el absurdo. Algunos de esos conflictos, o guerras olvidadas, aparecen hoy como focos de violencia que esclavizan a los miserables bajo la presión de un *Kalashnikov*, sin otro interés o justificación que no sea la de un puñado de dólares o un trozo de tierra.

²⁸ **GLUCKSMANN, A.** (2003). *El nihilismo como factor belígeno*, comentado por Francisco J. Franco Suances en “*Nihilismo y Terrorismo*”, en el grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista “Cuadernos de estrategia”. Madrid: MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, p.97.

unas “*leyes de la guerra*” protectoras sobre todo de la población civil y que nos permiten distinguir la violencia lícita de la ilícita. El terrorista, por el contrario, actúa a título personal y no se encuentra sometido a disciplina alguna, carece de límites y de fronteras. En esta situación “el todo vale nihilista” conduce a la total liberación del terror que las guerras tradicionales trataban de contener²⁹. El verdadero reto del nihilista es el de la subversión radical y completa de la sociedad, una tarea de desorden sistemático, que lleva a cabo de tres formas: mediante el jefe, que idealiza como un nuevo mesías, mediante activistas especialistas del insulto, la injuria y la calumnia, encargados de encender la llama de la bomba humana, y *por protagonistas mediáticos que pueden ser los escritores o los propios periodistas, aunque no lo sepan.*

V. LA IMPORTANCIA DE LOS MASS MEDIA

V.1. La publicidad como instrumento de poder

La publicidad fue *una de las primeras razones que posibilitaron el paso de la guerrilla rural al terror urbano en los sesenta* porque en las ciudades podían contar con una gran audiencia a través de la presencia de los periodistas y sus cámaras de televisión. Hasta ha habido terroristas seguidores de **ERÓSTRATO**³⁰ como lo demuestra el que, entre otros posibles ejemplos, para **REVEL**³¹ las culturas de lo que en el pasado se había definido como “*Tercer Mundo*”, han asimilado muchos elementos de la occidental, entre ellos la manipulación de la información, mediante la destrucción de la verdadera y la construcción de una falsa, conforme a los criterios racionales que se vienen empleando en *Occidente*, toda vez que es un instrumento de poder.

V.2. El efecto perverso de la publicidad y sus soluciones: códigos deontológicos

En las notas de identidad del terrorismo actual respecto al de antaño, tienen un destacado papel los avances tecnológicos, gracias a los cuales el llamado

²⁹ *Ibidem*, p.101.

³⁰ Así lo afirma **LAQUEUR, W.** (2003). Ob. cit. *Una historia del terrorismo*, p. 184. Menciona que en “*El Quijote de la Mancha*”, capítulo VIII de la *Segunda parte*, está por ejemplo escrito que: «*También viene con esto lo que cuentan de aquel pastor, que puso fuego y abrasó el templo famoso de Diana, contado por una de las siete maravillas del mundo, solo porque quedase vivo su nombre en los siglos venideros; y aunque se mandó que nadie le nombrase ni hiciese por palabra o por escrito mención de su nombre, porque no consiguiese el fin de su deseo, todavía se supo que se llamaba Eróstrato*».

³¹ **REVEL, J F.** (2003). *El realismo de la lógica*. Autor recensionado por José Enrique Fojón Lagoa en el grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario sobre esta materia, que fue publicado en Diciembre de 2003 por el Instituto español de estudios estratégicos. Madrid: MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, en Cuadernos de estrategia nº 124, pp.69-74.

“espectáculo de los hechos”³², potenciado por el “efecto eco”³³ de los medios de comunicación, siempre han sido unos bienes muy apreciados por los terroristas cuando quieren conseguir *sus propósitos*, que *son más limitados que los de una guerra*, y entre los cuales pudieran estar, por ejemplo, los de provocar la caída de un Gobierno o el apoyar simplemente a una guerrilla rural determinada. Los modernos grupos terroristas tienen una regla: cuantos más pequeños sean, más dependen de ella, y esto ha afectado en gran medida a la elección de sus objetivos. Según **COOPER**³⁴ “*el terrorista es un pretendiente que apremia; si no puede obtener lo que desea por la seducción, no dudará en intentar la violación. El problema real parece ser la incertidumbre de los medios de comunicación que no saben si deben representar el papel de niña inocente o de mala mujer*”.

Para evitar este peligro publicitario se ha arbitrado como una *solución de socorro*³⁵ utilizar sólo una agrupación de reporteros encargados de informar de la situación en representación de todas las agencias; se pretende la autolimitación y el autoexamen de los medios con que cuentan (*cámaras, iluminación, entrevistas, evitación de determinadas preguntas, no difusión de detalles, etc.*) y que, sin embargo, *a priori* no soslayan otros problemas tales como el autor de la elección del grupo, su adecuación al “derecho a conocer” y el alcance del perjuicio en virtud del alegato del propio terrorismo.

VI. LA GUERRA VICARIA

¿Puede ser el terrorismo un procedimiento legítimo de la guerra futura?

VI.1. Concepto

Por su parte, cuando en su obra **BRIAN JEKINS**³⁶ estudia la evolución de los enlaces del terrorismo internacional también trata de la posibilidad de que los Gobiernos, más que los grupos políticos, acaben por auspiciar con mayor frecuencia actividades terroristas como arma política extranjera, participando así en el terrorismo como “*guerra vicaria*” (pensemos en el caso de los “*drones*” que estudiaremos más adelante). Esta circunstancia influye en que el desarrollo de las

³² Término acuñado por *Paul Brousse*, un joven médico y anarquista francés.

³³ *Freiheit*, 7 de Junio de 1884.

³⁴ **WARDLAW, G.** (1986). *Terrorismo político; teoría, táctica y contramedidas*, Madrid: Colección Ediciones Ejército (Servicio de Publicaciones del E.M.E). Vid nota 1 cap.IX

³⁵ Por ejemplo, tras los atentados de París del 13-N de 2015, siendo algunos barrios de *Bruselas* (*Molenbeek, Anderlecht, Schaerbech, Woluwe-St-Lambert, Jette y Charleroi*) intervenidos por la Policía para la búsqueda y detención del huido *Salah Abdeslam*, a la vez la Policía belga pidió a los medios de comunicación que no informaran, en tiempo real, de las operaciones en marcha. Los principales grupos de comunicación (TV y radio, sobre todo) hicieron caso e implantaron un apagón temporal.

³⁶ **BRIAN, J.** (1975). *International Terrorism and World Security*. London: Croom Helm, pp.13-49.

armas de destrucción masiva está haciendo cada vez más impracticable e indeseable la intervención de las naciones *en una guerra convencional*.

De acuerdo con esta tesis *podría suceder que en el futuro se aceptase el terrorismo como procedimiento legítimo de guerra, aunque ahora la rechacen como tal la mayoría de las instituciones militares convencionales. Se podrían emplear terroristas o medios similares para provocar incidentes internacionales, crear la alarma en el país adversario, obligarle a desviar recursos valiosos para protegerse, destruir su moral y realizar formas concretas de sabotaje. Los gobiernos podrían emplear grupos terroristas existentes para atacar a sus adversarios, o bien crear sus propios terroristas. La inversión que requiere el terrorismo es pequeña, mucho menor, ciertamente, que lo que cuesta hacer una guerra convencional. Incluso la inquietante tendencia de que la industria privada esté interviniendo cada vez más en actividades relacionadas con la seguridad interior se puede evaluar como un importante cambio en la sociedad, que, en lugar de ver la seguridad como un medio de protección de las fronteras del país, lo que es claramente una responsabilidad nacional, ahora se considera aquélla como la defensa de “perímetros interiores” –instalaciones custodiadas, comunidades con patrullas privadas, edificios de seguridad, viviendas con alarmas-, todo lo cual hace que la carga de la defensa gravite de forma creciente en el gobierno local, el sector privado y el ciudadano individual (pensemos en las leyes de seguridad privada y el progresivo acrecimiento de su alcance, como ya está ocurriendo en España).*

VI.2. Motivos de su origen y uso

Un coste menos oneroso respecto de la guerra y como método de ella. Históricamente ha habido sospechas fundadas de planteamientos gubernamentales de *considerarlo como un sustitutivo de la guerra misma*, toda vez que las dificultades económicas y sociales de opinión pública que conlleva emprender aquélla pueden ser mayores a las que comporta la lucha antiterrorista.

Hay autores, como **REVEL**³⁷, que hace tiempo ya han identificado el terrorismo como un medio de guerra. Lo considera como una forma de combate que pretende alcanzar un fin político, que se practicó durante la *Guerra Fría*, y queda patente para él por la actuación de grupos terroristas que actuaron en *Europa*, tales como *las Brigadas Rojas, Acción Directa o la Fracción del Ejército Rojo*, adscribiendo sus acciones a un fin político determinado: la subversión del orden democrático, respectivamente, en *Italia, Francia y Alemania Occidental*. Atribuye a los países del antiguo *Bloque del Este* el apoyo y la dirección de estos grupos, algo que por

³⁷ **REVEL, J. F.** (2003).Ob. cit. p.77.

otra parte ha quedado acreditado fehacientemente después de la caída del muro de *Berlín*.

VII. LA EFICACIA DEL TERRORISMO: ¿Derroca Gobiernos?

VII.1. El terrorismo como estrategia de la provocación antes del 11-S

Se debate³⁸ asimismo si el terror es un arma que por sí sola derroque gobiernos. Es más, aunque este fenómeno puede adoptar diversas formas, ser diversos sus sujetos y capas sociales en su extracción, así como diversas las víctimas y las coyunturas, sí tiene *un nexo común manifiesto*: la estrategia de la provocación. Esta estrategia tiene el “contratiempo” de que sólo tiene éxito por sí sola si la coyuntura internacional resulta favorable.

VII.2. El terrorismo como acto de guerra tras el 11-S

Los atentados del 11-S han evidenciado que el fenómeno terrorista, ya globalizado, era una realidad que no podía ser ignorada por más tiempo. Por eso ya se habla de “*la guerra contra el terrorismo*”. En ese momento se reafirma casi a nivel mundial que el terrorismo es un acto de guerra y muchos de los países de la Comunidad internacional apoyan la “*guerra contra el terror*” así como la nueva percepción por los EE.UU de la aparición de “*amenazas inéditas y en gran medida imprevistas, si no imprevisibles*”, que han provocado una profunda transformación

³⁸ Los pocos casos en los que antes del 11-M el terrorismo ha jugado un papel importante en la producción de cambios políticos han tenido lugar en ciertas luchas de independencia colonial contra el dominio extranjero, como cuando acabó con el Mandato Palestino después de las campañas terroristas de *Irgun* y *Stern*, y la campaña del EOKA -*Ethniki Organosis Kyprion Agoniston* (español: Organización Nacional de Combatientes Chipriotas)- en *Chipre*.

Pero incluso en estos casos antes raros prevalecieron condiciones especiales, que hicieron del terrorismo un arma más potente. En primer lugar, por varias razones de conveniencia política y de presión internacional, *la potencia ocupante* no deseaba recurrir a medidas draconianas para barrer las organizaciones terroristas. En cada uno de aquellos casos había también luchas entre las fuerzas intercomunales dentro de la colonia que hacían difícil, si no imposible, un arreglo y retirada diplomáticos pacíficos. Finalmente, cuando los terroristas tenían éxito (como, por ejemplo, en *Adén*) ya gozaban de considerable apoyo dentro de sus propios grupos étnicos que creaban grandes dificultades a los servicios de inteligencia para penetrar en los grupos y obtener información y, al mismo tiempo, prestaban mucha colaboración y apoyo activo y táctico a los elementos terroristas operativos.

En el caso del 11-M hay que tener en cuenta que el atentado se hizo coincidir con la fecha electoral.

Pero podría haber sucesos más discutibles de debate: así los asesinatos de *Sarajevo en 1914*, el de *Ghandi* o el de *Kennedy*. No obstante, en la historia hay ejemplos de insurgencias que confirman su fracaso porque se hizo un mal uso del terror: cuando estaba terminando en *Grecia* la insurgencia comunista, a fines de los años cuarenta, más de medio millón de quienes deberían haber sido los más decididos prosélitos de los insurgentes huyeron a las ciudades para escapar de un terror del que se hizo uso generalizado e indiscriminado. Aquel éxodo contribuyó significativamente a la derrota de los comunistas, como ocurrió también en el colapso de la insurgencia comunista malaya en los primeros años cincuenta y que se puede atribuir parcialmente al excesivo uso que hicieron del terrorismo los insurgentes.

en las relaciones internacionales. Estamos sumidos en el “hiperterrorismo”³⁹ (el terrorismo apocalíptico de carácter global, como el de *la yihad*) como hecho de suma gravedad que lleva a adoptar la responsabilidad no menos global de actuar contra los países que, de forma directa o no, material o moralmente, ayuden a los terroristas. Desde este punto de vista se puede criticar a los que siguiendo tópicos ven como causa del terrorismo la pobreza o las desigualdades sociales porque auto-complacerse sin más en ello invalida cualquier estrategia de contención del terrorismo.

VIII. CAUSAS VARIAS Y VARIABLES DEL TERRORISMO A NIVEL MULTINACIONAL

VIII.1. La idea escéptica general

Los valores básicos asumidos entre unos y otros Estados fluctúan, de forma que desde este punto de vista -y por lo menos en esta materia- hablar de las causas del terrorismo en relación con “*la Comunidad Internacional*” puede parecer un tanto retórico⁴⁰. Todavía más, incluso también en el campo de las propias personas individualmente consideradas:

VIII.2. La personalidad del terrorista LOMBROSO

En una de sus principales obras⁴¹ exagera esta problemática sobre las causas de este fenómeno. Hizo interpretaciones “históricas” del terrorismo doméstico. Llegó a investigar hasta las relaciones que este fenómeno tenía con *las fases lunares, la presión barométrica, el alcoholismo, la sequía y hasta la dimensión craneal de ciertos individuos*. Han sido muchos los psicólogos que han rechazado la existencia de un instinto natural agresivo en el hombre y han mantenido que el comportamiento humano viene modulado por la influencia del ambiente, es decir, por los factores sociales y culturales. Sobre la personalidad del terrorista y sus rasgos de carácter no hay más que generalizaciones limitadas a su acento fanático en la acción. No hay dos movimientos terroristas iguales. Sólo la única circunstancia de que todos sus integrantes sean jóvenes pueda salvarse como

³⁹ Para REVEL, J. F. (2003). Ob. cit. p.80, el hiperterrorismo “*toma prestados a nuestra sociedad moderna sus medios tecnológicos para intentar abatirla y sustituirla por una civilización arcaica mundial que sería, a su vez, engendradora de pobreza y la negación misma de todos nuestros valores. Así se define la guerra del siglo XXI.*”

⁴⁰ En este mismo sentido podemos citar a ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. (2000). *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos. p.29 in fine. MANI, V. S. (1978). *International Terrorism –Is a Definition Possible?* The Indian J, Int'l L.18, pp.206-211. ROSEN S. J y FRANCK.R. (1975). *Measures against International Terrorism*, en CARLTON D y SCHAERF.C (Eds.). *International Terrorism and World Security*, Wiley, Londres/Nueva York, pp.60-68.

⁴¹ LOMBROSO, C. (1893). *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*. Turín: Fratelli Bocca.

denominador común de aquéllos, teniendo como explicación del mismo la rapidez de movimiento y agilidad requeridos en la comisión de los atentados.

VIII.3. Notas distintivas entre terrorismos históricos

Para **LAQUEUR**⁴² los grupos terroristas de carácter nacionalista separatista han estado integrados casi siempre por personas jóvenes de una extracción social más baja que la de los grupos sociales revolucionarios y pone como ejemplo *el IRA y Al Fatah*, grupos estos últimos más modernos que los del antiguo escenario ruso. Mientras que estos últimos eran hombres y mujeres de los más elevados principios morales⁴³, *el IRA, los Freikorps alemanes o el Ejército Rojo japonés*, junto otros muchos grupos terroristas actuales, se diferencian en que su nihilismo ideológico les puede llevar a matar “hasta por diversión”. *Con frecuencia, los criminales han demostrado mayor humanitarismo que los terroristas: actúan para obtener beneficios, no para obtener una satisfacción psicológica*. Normalmente no torturan a sus víctimas, y, con frecuencia, el fanatismo conduce a la crueldad y al sadismo.

VIII.4. Las Teorías sobre las situaciones de conflicto: la metáfora de “la válvula de escape”

Han sido muchos los psicólogos que han rechazado la existencia de un instinto natural agresivo en el hombre y han mantenido que el comportamiento humano viene modulado por la influencia del ambiente, es decir, por los factores sociales y culturales. Así, retomando la inspiración de muchos filósofos ilustrados, el antropólogo **Ashley Montagu**⁴⁴ ha señalado que “ningún ser humano nace con impulsos hostiles o violentos, y nadie se vuelve hostil o violento sin tomarse el tiempo necesario para aprenderlo”. El psiquiatra **Rojas Marcos**⁴⁵ ha insistido asimismo en esa línea afirmando que todos los seres humanos nacemos con las simientes de la bondad, la racionalidad, la tolerancia, la compasión y la generosidad, pero todos venimos también al mundo con las semillas del disparate, del odio, la xenofobia, la agresión y la crueldad. Dependiendo de la calidad del medio, *estos granos pueden mantenerse latentes o germinar con fuerza, pueden morir o florecer*. Existe, por tanto, una básica educabilidad o maleabilidad del ser humano que hace posible interrumpir la cadena infinita de la violencia.

Si nos atenemos a la historiografía, salvo **Darwin**⁴⁶, no fue sino hasta los años sesenta del pasado siglo cuando las ciencias sociales - en concreto los estudiosos

⁴² **LAQUEUR, W.** (2003). Ob. cit. *Una historia del...*, p.179.

⁴³ Dora Vladimirovna Brilliant, por ejemplo, una de las mártires del socialismo revolucionario, confesó que era “más fácil” morir que matar.

⁴⁴ **MONTAGU, A.** (1990). *Naturaleza de la agresividad humana*, Madrid: Alianza. p.43.

⁴⁵ **ROJAS MARCOS, L.** (1995). *Las semillas de la violencia*, Madrid: Espasa. p.210.

⁴⁶ **DARWIN, Ch.** (1998). *Origen de las especies*, Madrid: Grijalbo.p.87.En el “origen de las especies” de entre los ciclos de lucha que describe entre las especies, el más violento es el que tiene lugar entre los de la misma especie ya que frecuentan las mismas regiones, necesitan la

de las situaciones del conflicto- llegaron a interesarse por la violencia política. Todavía más concretamente lo hicieron en EE.UU por guardar cierta relación -a nivel exterior- con *la guerra del Vietnam* y -a nivel interior- con la vida de los barrios bajos norteamericanos. Frente a **DOLLARD**⁴⁷ Y **LEONARD BERKOWITZ**⁴⁸, quienes mantenían ya inmediatamente antes del estallido de la II guerra mundial que *la agresión es la consecuencia de la frustración*, tanto etólogos como psicólogos les rebatían sus tesis, bien por considerar que la conducta agresiva obedece a un impulso interno y no externo, bien porque *la guerra se produce porque la lucha es una tendencia fundamental de los seres humanos* (así **DURBIN** y **BOWLBY**)⁴⁹.

En definitiva, con esos antecedentes de modelos causales ya *durante los sesenta* los sistematizaban, *unos*, en el distinto grado de la correlación de la violencia con múltiples variables (que iban desde la urbanización hasta el número de periódicos o ingesta de calorías, pudiendo predecir cuál era en una determinada sociedad el índice de frustración existente); *y otros*, enfatizando como causa de la violencia política no tanto la idea de privación como la de tensión y crispación (fruto, a su vez, de la persistencia de desigualdad y de procesos de toma de decisiones sin consenso). Los primeros (teóricos de la privación o de las causas *exógenas*) eran criticados porque se expresaban siempre en términos no taxativos, con un carácter pseudo-científico y porque tenían a mano sólo fuentes estadísticamente tan poco rigurosas como las meramente periodísticas; por ejemplo, las proporcionadas por *el New York Times*. Los segundos (teóricos de la legitimidad o de las causas *endógenas*) suelen ser ya entonces criticados aduciendoles que ello podría resultar históricamente cierto en uno o dos países, pero no a escala mundial, y que este tipo de proposiciones generales, en suma, no tiene mayor relevancia que la de la correlación entre la frecuencia de la aparición de cigüeñas y el índice de natalidad en Suecia. De hecho **ROMERO MAURA** en su análisis⁵⁰ del anarquismo en *España*, frente a la escuela de pensamiento que sostenía que su causa era la falta de libertad política, contestó que *la metáfora de la válvula de escape* es muy popular pero se basa en una tergiversación de la moderna historia española, ya que no tiene en cuenta el hecho claro de que el anarquismo y otros movimientos revolucionarios sólo han sido

misma comida y están expuestos a los mismos peligros. Esos son los núcleos, junto con el instinto sexual, donde se suele producir la agresividad animal.

⁴⁷ **DOLLARD, M.** et al. (1939). The hypothesis suggests that the failure to obtain a desired or expected goal leads to aggressive behavior. "*Frustration and aggression*". New Haven: Yale University Press, ISBN 0313222010.

⁴⁸ **BERKOWITZ, L.** (1969). *The frustration-aggression hypothesis revisited*, in: Berkowitz (ed.), *Roots of aggression*. New York: Atherton Press.

⁴⁹ **DURBIN Y BOWLBY.** (1950). *Personal aggressiveness and war*. Columbia University Press.

⁵⁰ **ROMERO MAURA, J.** (2000). *La romana del diablo. Ensayos sobre la violencia política en España (1900-1950)*. Madrid: Marcial Pons. pp. 12-79.

fuertes en aquellas condiciones en que podía disponerse de otras alternativas políticas más moderadas.

En definitiva, los resultados de la aplicación de *la ciencia política al estudio del conflicto interno* han sido inútilmente alentadores a la hora de aportar una teoría científico-general sobre la causa de la existencia del terrorismo.

IX. EL DERECHO ANTE ESTE PELIGRO: EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

¿Por qué luchar contra el terrorismo es un imperativo internacionalmente democrático y cuál es la mejor forma de lucha contra él?

IX.1. Los peligros del Derecho Penal de autor

Llevar, en fin, tal clase de argumentos al campo del Derecho sería también tanto como adentrarnos peligrosamente en el denostado Derecho Penal de autor. Sus consecuencias históricas ya las sabemos, por ejemplo, con *el nazismo*. El terrorismo de Estado y sus derivaciones es uno de los tipos de terrorismo, pero no todos. Por eso, tradicionalmente se ha dudado de la eficacia de la cooperación internacional contra el terrorismo anarquista y de la pena de muerte; es decir, porque se entendía que el castigo no era la mejor solución para curar *el fanatismo*, y en ese sentido la pena capital podía ser entendida por el terrorista como un “acicate” más en favor de su acción que de la disuasión. Al final no deja de ser un problema que entre las diversas sociedades se entremezclan multitud de aspectos políticos, culturales, morales y jurídicos con unos distintos y variopintos planteamientos o conflictos, aquellos donde las relaciones diplomáticas y de exteriores pueden precisamente por ello exacerbarse. Este peligro es precisamente el que lleva al australiano **WARDLAW**⁵¹ a decir que “(...) a las autoridades no les queda otro camino para explotar la cuestión ética que persuadir a sus ciudadanos de que el terrorismo no es ninguna táctica legítima (de lucha), aunque, en algunos casos, pudiera fundamentarse en una causa que sí lo sea”. En este sentido el terrorismo no es la guerra. Además de no ser una estrategia es un fenómeno que no se trata de una táctica legítima de lucha.

IX.2. La forma más idónea de combatirlo

El principal objetivo (político) de este fenómeno –y que, por practicidad, tampoco de cualquier forma se pretende combatir– es conseguir la desestructuración y dislocación de la sociedad provocando el miedo y la angustia

⁵¹ **WARDLAW, G.** (1986). *Terrorismo político; teoría, táctica y contramedidas*, Madrid: Colección Ediciones Ejército (Servicio de Publicaciones del Estado Mayor del Ejército, E.M.E).p.31.

colectiva. La reacción legítima inherente es una defensa organizada ante el fenómeno. Por ello y, sin embargo, el combate contra él -caso de que se dé- se trata de un imperativo internacionalmente democrático no sólo desde un enfoque práctico de la *razón de Estado* sino también desde el punto de vista de la *protección de los Derechos Humanos*. No en vano el art.17 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos traduce en regla hermenéutica la de que *los derechos que el citado Texto contempla no pueden interpretarse como sustento legitimador de actividades tendentes a la destrucción de los mismos*, es decir, el fundamento con que se cuenta, por ejemplo, para ilegalizar ciertos partidos políticos⁵². Tal fue el caso, también en *España*, de la ilegalización del Partido *Herri Batasuna*⁵³ gracias al “*modelo de la llamada democracia militante y no tolerante*” precisamente construido sobre la base del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En definitiva, independientemente de que *la Seguridad Nacional* es además una manifestación de la soberanía estatal, definida ésta de distintas formas⁵⁴; basamos esta tesis en el carácter del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como dispensador de “*interpretaciones auténticas*” que en materia de contenido esencial de los derechos subyace en la nueva Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y está latente, como la doctrina⁵⁵ se ha encargado de recordar, en Constituciones con cláusulas de apertura al Derecho Internacional del estilo de la

⁵² Así incide, por ejemplo, **REVENGA SÁNCHEZ, M.** (2002). *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, Pamplona: Aranzadi, p.33. cuando dice que: “...Tal fue el argumento que utilizó “*tout court*” la Comisión para declarar inadmisibles la queja presentada en su día contra la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que decretó en 1956 la disolución del Partido Comunista –Decisión de la Comisión de 20 de julio de 1957-, Considerando 8: “*el recurso a la dictadura para la instauración de un determinado régimen es incompatible con el Convenio por cuanto comporta la destrucción de los derechos y libertades garantizados...*”. Se trata de una de las pocas ocasiones en las que el art.17 es utilizado de forma aislada, sin conexión interpretativa con otros artículos del Convenio, para fundamentar una decisión.” Paradójicamente la dictadura egipcia de *Al Sisi*, tras derrocar a *Mursi*, también ilegalizaría a “*los Hermanos musulmanes*”.

⁵³ Vid. FJ. 17, segundo párrafo, de la famosa STC, Sala II, de 16 de Enero del 2004, relativa a la ilegalización de *Batasuna* en aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos (LOPP), sobre determinación de la imparcialidad judicial y la valoración negativa de la ausencia de condena al terrorismo; sobre esto último *vid.* especialmente los FJ 18 y 19 que, por su extensión, no reproducimos. También la de su confirmación, de la misma Sala y fecha, cuyo ponente fue D. *Pablo Manuel Cachón Villar*.

⁵⁴ Dos grandes teóricos del Derecho Público la han definido así; **SCHMITT** (1922), en el primer ensayo de su Teología Política, “*soberano es quien decide en el estado de excepción*”, y **HELLER** (1927), en *Soberanía*, “*soberanía es la propiedad de una unidad de acción y de decisión universal sobre el territorio, en virtud de la cual, para garantizar el derecho, aquélla se afirma de modo absoluto, circunstancialmente incluso en contra del derecho*”. La consideración de *la Seguridad* como un límite al sistema de los derechos cuenta en el Derecho Internacional clásico con precedentes doctrinales de tanta raigambre como el de *Francisco de Vitoria* y su sistema de “*derechos naturales y divinos de los pueblos*”. Entre los derechos divinos, incluye el teólogo español, con relación a los indios, y como cláusula de cierre de todo el sistema, el derecho de los españoles a actuar “*ad securitatem suam convenientia*”; el “*ad securitatem suam convenientia*” continúa siendo, al cabo de tanto tiempo, una reserva oponible por el Estado frente al potencial expansivo del sistema de los derechos.

⁵⁵ **SAIZ ARNAIZ, A.** (1988). *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid: CGPJ. Pp.231 y ss.

contenida en el art.10.2 de nuestra Constitución. Y ello con el aval, como nos recuerda **SÁNCHEZ REVENGA**⁵⁶, “...de que *en su efectivo despliegue, el Derecho europeo de los derechos humanos es un verdadero Derecho en acción que ha ido aumentando espectacularmente su capacidad para influir sobre el ordenamiento jurídico de los Estados. La imagen del bisturí que pasa de actuar superficialmente sobre el tejido a realizar incisiones profundas, no parece inapropiada*”. A este respecto el mismo autor señala como crucial el vuelco en el Derecho Internacional de corte clásico: la conversión del individuo en nuevo sujeto del ordenamiento internacional, tal y como demuestran las estadísticas que aporta⁵⁷. Si a ello le añadimos el componente de globalización propia de la época actual esta cuestión que más adelante pretenderemos abordar, los terrorismos geográficos singulares, puede a la vez ser incompleta, engañosa y poco realista. Dicho más claramente: desde la óptica del alcance estatutario posible que permite la subjetividad jurídica internacional ya no hablamos hoy en día sólo de Estados, sino que cada vez tiene más peso el individuo.

X. LOS TIPOS GEOGRÁFICAMENTE SINGULARES

¿Por qué su tipología no deja de ser un mero artificio sólo didáctico?

X.1.Un fenómeno transfronterizo

Las fronteras son cada vez más difusas y permeables para los terroristas. No es de extrañar que cierta doctrina⁵⁸ norteamericana califique esta clase de violencia política como “acciones encubiertas”, es decir, aquellas que se caracterizan sobre todo *por su clandestinidad*. Son peligrosas por su dificultad en desenmascararlas.

X.2.Las dificultades de su clasificación

El terrorismo, visto así, no es un fenómeno nuevo. Otra cosa es que *terminológicamente* sea reciente por provenir de la Revolución francesa, de forma que habiendo sido entre uno de sus tópicos la de considerarlo como una *ultima*

⁵⁶ **REVENGA SÁNCHEZ, M.** (2002). *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, Pamplona: Aranzadi. Ob. cit. p.55.

⁵⁷ *Ibidem*, p.28: Una vez ratificada por 8 de los 15 Estados que participaron en su elaboración, el Convenio entró en vigor en 1953, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) quedó constituido en 1958. En la década de los 60, la Comisión declaró admisibles 54 demandas y el Tribunal pronunció sus primeras 10 sentencias. En los años 70, el número de sentencias creció hasta 26 y el de demandas admitidas por la Comisión, hasta 168. Un incremento llamativo se produjo en la década de los 80. Las sentencias del TEDH fueron en esos diez años 169 y las demandas admitidas por la Comisión, 455. *El crecimiento de la carga de trabajo a un ritmo espectacular se mantiene desde entonces, como lo prueba el hecho de que solo en los cuatro primeros años de la década de los noventa el TEDH había dictado más sentencias (exactamente 243) que las pronunciadas a lo largo de toda su historia.*

⁵⁸ **DAMROSCH, L. F.** (1989). *Covert Operations*. En AJIL nº 83, pp.789-805. **JOHNSON. L.K.** (1992). “*On Drawing a Bright Line for Covert Operations*”, en AJIL nº 86, pp.284-309.

ratio de los oprimidos, lo cierto es que se ha convertido con demasiada frecuencia en la *prima ratio* de una variopinta multitud de personas con diversas motivaciones. Hoy en día, en la mayoría de los casos, el terrorismo es simplemente *una forma fanática de lucha nacionalista o religiosa*, un activismo libre que puede girar con idéntica facilidad hacia la derecha o hacia la izquierda. En cualquier caso, el terrorismo no es una escuela filosófica; lo que cuenta es siempre la acción.

X.3.Un intento de su superación

Acotarlo en coordenadas meramente geográficas resulta cada vez más osado. Pero a efectos didácticos es bueno al menos pretender categorizarlo y se distinguen tres subclases de terrorismo actuales que tienen muy poco en común: el nacionalista separatista, el latinoamericano y el terrorismo urbano de *Norteamérica, Europa Occidental y Japón*. LAQUEUR afirma⁵⁹ que hubo importantes diferencias entre el terrorismo de los años sesenta y setenta y otras oleadas terroristas anteriores: su orientación izquierdista, la intervención de Potencias extranjeras en terceros países y las nuevas armas y técnicas aparecidas. Durante los años sesenta en determinados círculos la violencia política se hizo intelectualmente respetable y la capacidad de las autoridades para contrarrestar el terrorismo fue más limitada que en épocas anteriores. *Este clima favoreció el terrorismo* aunque no tuviera apoyo popular ni perspectivas de obtenerlo, pero era una ventaja engañosa porque⁶⁰ “...el terrorismo se convirtió en algo manifiestamente impopular tan pronto como dejó de ser una molestia para convertirse en un auténtico problema para la sociedad. Una vez se hubo alcanzado este punto, los Gobiernos no tuvieron dificultades para introducir leyes más severas con las que combatir el terrorismo”.

XI. EN LATINOAMÉRICA: ANTICOLONIAL

XI.1.La guerrilla

La palabra “guerrilla”⁶¹, que significa guerra pequeña, fue acuñada en la guerra española de la Independencia (1808). Los ejércitos regulares pueden en determinadas circunstancias utilizar como despliegue y a modo de avance la guerra de guerrillas: es llevada a cabo por grupos no muy numerosos que buscan el factor sorpresa en su actuación con el enemigo. En los setenta del pasado siglo hubo intentos normativos en el ámbito del Derecho de los conflictos armados por legitimar esta clase de lucha, a veces de difuso deslinde con la terrorista. En este último sentido podría decirse, *a priori*, que el terrorismo es singular respecto a la

⁵⁹ LAQUEUR, W. (2003). Ob. citada, *Una Historia del terrorismo*, p. 244.

⁶⁰ *Ibidem*, p.246.

⁶¹ Según el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* se trata de una “*partida de tropa ligera, que hace las descubiertas y rompe las primeras escaramuzas. Partida de paisanos, por lo común no muy numerosa, que al mando de un jefe particular y con poca o ninguna dependencia de los Ejércitos, acosa y molesta al enemigo*”.

guerrilla, aunque tampoco lejano a ella, como tampoco al fin y al cabo con la guerra en sí, sea del tipo que sea, porque si bien no se trata de una violencia de muchedumbres o de insurrección en masas *sí puede ser un simple método, simultáneo o no a la conducción de unas hostilidades*, por el que un partido o grupo organizado trata de alcanzar sus explícitos objetivos *políticos* principalmente mediante el uso *sistemático* de la violencia. Según **ALCAIDE FERNÁNDEZ**⁶² el terrorismo se trata así de una violencia “*extra normal*”, con connotaciones simbólicas, concretada en su arbitrariedad o ausencia de límites, imprevisible o clandestina, que aparece como un continuo entre el orden interno e internacional, y cuya finalidad es provocar terror no sólo a sus víctimas, *terror que la distingue de figuras afines* como puedan ser la propia violencia política, el tiranicidio, el anarquismo, el asesinato político o *la guerrilla*.

Entre los intentos normativos aludidos y que fructificaron a la hora de legitimar esta difusa clase de lucha, *la guerrilla*, está el Protocolo Adicional I de 1979 anexo a los Cuatro Convenios de *Ginebra* de 1949, aplicable para los conflictos internacionales. Legítima como combatiente (legítimo) al guerrillero, si bien tiene considerablemente ampliada la lista de sus actos que -al igual que al soldado de un ejército regular- serían considerados como graves infracciones de las leyes de la guerra, entre los cuales están *hacer de la población civil o de personas civiles objetivos de ataque y realizar perfidia, en violación del art.37, utilizando distintivo o emblema de la cruz, luna, sol o león rojos, o de otros signos de protección reconocidos por las Convenciones o Protocolos*. El II Protocolo, aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional, también estipula que entre los actos realizados contra quienes no participan directamente o contra quienes hayan dejado de tomar parte en las hostilidades están por siempre prohibidos en cualquier tiempo y lugar: la toma de rehenes; los actos de terrorismo y la amenaza de cometer cualquier de los actos anteriores. Además, el art.13⁶³ estipula que la población civil, así como del mismo modo las personas civiles, no serán objeto de ataque. Están prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya primera finalidad

⁶² **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). *Ob. cit.*, p.50 *in fine* y 51 *ut supra*.

⁶³ “**Protección de la población civil.** 1. *La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.* 2. *No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.* 3. *Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.*”

Con respecto a esta prohibición, **GONZÁLEZ PÉREZ, M.** (2006). Cuadernos de Estrategia (MINISDEF, Instituto de Estudios Estratégicos), 133, p.95) señala con **HANS-PETER GASSER** (1986). *Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario. En Revista Internacional de la Cruz Roja, Nº 76, julio-agosto, pp. 208-221...*, *cit.*, p. 217, que “*se trata de una obligación que alcanza por igual a las fuerzas leales al gobierno y a los grupos disidentes alzados en armas, a lo que habría que añadir que debería extenderse también a aquellas situaciones en las que facciones no gubernamentales enfrentadas entre sí (por ejemplo, en luchas tribales surgidas en Estados desestructurados) recurren a la violencia bélica.*”

sea provocar el terror entre la población civil. Finalmente, bajo el art.3⁶⁴ común a los cuatro Convenios de *Ginebra*, el requerimiento de trato humanitario incluye las reglas de *La Haya* sobre la protección de los no combatientes⁶⁵: es un claro manifiesto del Derecho nuclear de Gentes (hoy el Derecho Internacional Público).

La guerra de guerrillas ha sido utilizada por organizaciones violentas, sobre todo en *América Latina*. Aunque en este continente primero tuvo lugar la *guerrilla rural*, es decir, aquella que cuenta con unos ejércitos regulares que si bien no siempre llevan uniforme actúan en el campo buscando la colaboración del campesinado, poco a poco se tornaría *urbana*, es decir, la que ya llega a emplear las mismas tácticas de violencia que los propios terroristas, es decir, secuestros, asesinatos, atentados en lugares públicos, utilización de explosivos y de vehículos bomba, etc. Mientras que el principal teórico de la guerrilla rural fue *Mao Tse Tung*, *Fidel Castro* y *el Ché Guevara*, de la urbana fueron *Abraham Guillén* y *Carlos Mariguela*.

XI.2.El paso de la guerrilla rural a la urbana

Al estudiar el terrorismo en *Latinoamérica* el historiador **LAQUEUR** afirma⁶⁶ que “*la transición de la guerra de guerrillas rural al terror urbano se produjo tras el desastre que sufrió el Ché Guevara en Bolivia, y también guardaba relación con la radicalización de algunos sectores de la Nueva Izquierda en los países industrializados, circunstancia que alcanzó su punto culminante entre los años 1969 a 1972*”.

XI.3. La influencia de China

XI.3.1.Mao Tse Tung

Propugna que hay que crear el terror esporádicamente en todas las zonas rurales porque, de lo contrario, sería imposible suprimir las actividades de los contrarrevolucionarios en el campo o derribar la autoridad de la alta burguesía. Bajo su propia experiencia en la revolución china su guerra de guerrillas la teorizó sobre la base de tres fases en su desarrollo: (A) de preparación, de creación y expansión del movimiento guerrillero y, al final de ella; (B) el período en que la guerrilla se transforma en un ejército popular capaz de derrotar a las fuerzas del Gobierno; (C) de creación de milicias populares para expandir la revolución con el apoyo social conseguido, si fuera necesario, a través de la “*socialización del terror*” y una férrea disciplina en torno a las decisiones adoptadas por los mandos. Aunque haya habido organizaciones maoístas de la guerra de guerrillas que

⁶⁴ Vid Anexo I.

⁶⁵ Cf. **BOND** (nota 45), 348; **PAUST** (nota 68), 9 *et seq.*; id., (1975). *Terrorismo y Derecho Internacional de la Guerra*. En *Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre* vol.13 13-43; **W. THOMAS MALLISON/SALLY V. MALLISON** (1978). *The Control of State Terror through the Application of the International Humanitarian Law of Armed Conflict*. En **Marius H. Livingston**, *International terrorism in the Contemporary World*. Londres, pp.323-332.

⁶⁶ **LAQUEUR, W.** (2003). Ob., cit., *Una historia...*, p. 247.

derivasen hacia una estrategia en la que los actos de terrorismo se hubieran convertido en el eje de su acción, caso de las *Fuerzas Armadas revolucionarias de Colombia, Ejército del pueblo* (en adelante FARC-EP) o, incluso, de la propia *Eusko ta Askatusna* (en adelante ETA) en los sesenta, la relación entre el maoísmo y el terrorismo no se refiere, por tanto, a que la teoría de la guerra de guerrillas preconice el uso sistemático del terror como táctica para la toma del poder: el maoísmo promovió la lucha armada como vía revolucionaria y esta lucha implicaba el uso de la violencia, no necesariamente el terror, porque no era en su convicción un método eficaz, de forma que sólo lo utilizó ocasionalmente cuando lo creyó necesario y para obtener un apoyo incondicional de la población rural o para acabar con las disidencias internas una vez ya en el poder.

XI.3.2. Maoísmo y terrorismo: guerra fría

Durante los años de la guerra fría la lucha contra el terrorismo ha estado en cierta forma “cuarteada” o “chantajeada” por una doctrina soviética ambivalente en esta materia ya que su conveniencia política hacía que sólo se respaldasen aquellos Movimientos de Liberación Nacional (en adelante MLN) que formasen parte del “*proceso revolucionario mundial*”, un proceso que debilitaba a Occidente y promovía los intereses soviéticos. En la práctica, y como ejemplo, si *la Organización de Liberación Palestina* (en adelante OLP) no fue reconocida internacionalmente hasta 1968, lo que fue palmario es que la actitud soviética en un principio distante hacia dicha Organización no dio paso a su vez a una relación más amistosa sino cuando ya dos años antes *China* sí la llegó a reconocer, es decir, cuando ya existía el peligro de que se desarrollase una tendencia pro-*China* en caso de que *Moscú* no se mostrase más conciliador. Otro ejemplo, quizás más claro, tuvo lugar con ocasión del secuestro y posterior asesinato de *Oberdan Sallustro*, un ejecutivo de la fábrica italiana de automóviles de Turín (FIAT), por el Ejército revolucionario del pueblo (*ERP*) argentino. Los dirigentes de *la Cuarta Internacional* no condenaron la acción de forma expresa. Esto provocó una violenta reacción por parte de *los trotskistas* estadounidenses, que acusaron al “secretariado conjunto” de justificar el terrorismo con el eufemismo de “*guerra de guerrillas urbanas*”.

Según el australiano **WARDLAW**⁶⁷ es, precisamente, en la *Teoría de la guerrilla urbana donde se acusa más la táctica del terrorismo*, Teoría que constituye el eslabón de unión entre las antiguas ideas revolucionarias y el terrorismo moderno. Lo que primordialmente pretende la guerrilla urbana es atraer la atención internacional con actos espectaculares de violencia. Los asesinatos, colocación de bombas, secuestros, robos de bancos y actos de piratería se han convertido en armas comunes de los activistas políticos urbanos. Después de diferenciar la

⁶⁷ **WARDLAW, G.** (1986). Ob. cit., p. 93.

guerra irregular de la convencional para incluir en la primera la guerra de guerrillas y la revolucionaria, el mismo autor referido examina el papel del terrorismo en la guerra revolucionaria.

XI.3.3. La repercusión del maoísmo en el Vietnam

El General norvietnamita *Vo Nguyen Giap*, a diferencia de *Mao*, preconizaba sin embargo directamente el uso del terrorismo creyendo que a costa de unas experiencias duramente ganadas, sus compatriotas del Sur se darían cuenta de que el camino más lógico sería el de la violencia y la guerra revolucionaria. Sólo por la violencia revolucionaria podrían ocupar el poder las masas.

XI.3.4. La repercusión del maoísmo en Latinoamérica

Más comedidos se muestran *el Ché* y *Debray*, puesto que si *para el primero* el terrorismo se trata de una medida generalmente ineficaz –cuyos resultados no discriminan, porque muchas veces hace víctimas suyas a “gente” inocente y destruye un gran número de vidas que serían valiosas para la revolución, de forma que matar a personas de poca importancia no es nunca aconsejable, porque da origen a un aumento de las represalias, incluidas las muertes-, *para el segundo* el terrorismo no puede asumir ningún papel decisivo y connota peligros innegables...pero si se le subordina a la lucha fundamental, adquiere valor estratégico desde el punto de vista militar.

XI.4. Venezuela y Cuba: terror rural

La primera y más interesante manifestación de terror urbano a una escala significativa se produjo en *Venezuela*, entre los años 1962 y 1963 –por ejemplo destacamos el famoso *caso del secuestro de Di Stefano* en agosto de 1963 durante tres días por las *Fuerzas Armadas de Liberación Nacional*⁶⁸-, si bien los terroristas actuaban por instinto y sin una doctrina particular lo cierto es que entendieron perfectamente la importancia fundamental de obtener publicidad para su causa. El Gobierno de *Betancourt*, débil al principio, remontó su lucha antiterrorista con ayuda del apoyo popular y al fin una acción enérgica.

¿Cuáles fueron las lecciones aprendidas?

Los acontecimientos de *Venezuela* parecieron confirmar que en la subdesarrollada *Latinoamérica* el campo era el escenario fundamental de la lucha

⁶⁸ FALN, en siglas, fue un grupo guerrillero venezolano que surgió en los sesenta teniendo una ideología comunista revolucionaria y antiimperialista. Sus dirigentes más conocidos fueron *Douglas Bravo*, *Fabrizio Ojeda* y *Lino Martínez*. Su objetivo era implantar un Estado socialista que acabase con las desigualdades sociales y el imperialismo de los EE.UU. Pretendía movilizar al pueblo a través de la teoría de la guerrilla guevarista. En diciembre de 1966 ametrallaron al mayor *Francisco Astudillo*, miembro del cuerpo jurídico del ejército venezolano. Tuvieron sus guerrilleros una amnistía general en 1968, pero a partir de 1972 volvió a actuar con menor intensidad debido al escaso apoyo social y su eliminación por los golpes contra él recibidos de las Fuerzas de Seguridad.

armada, tal como mantenían *Castro y Guevara* y les habían inculcado todo ese tiempo a los revolucionarios. Tenían que establecer focos rurales aunque no pudieran derribar al sistema; actuarían como detonantes. El campo, según los cubanos, tenía muchos argumentos a su favor, tanto desde el punto de vista político, como desde el punto de vista militar, ya que el acceso a las áreas rurales resultaba mucho más difícil para las tropas gubernamentales. El eslogan de *Fidel* era “*todas las armas, todas las balas, todos los reservistas a la Sierra*”. La idea de dirigir un movimiento guerrillero desde la ciudad parecía completamente absurda, ya que un grupo terrorista urbano no podía desarrollarse hasta constituir una fuerza revolucionaria, no podía transformarse en un Ejército popular y hacerse en último término con el poder. La guerrilla urbana era, en el mejor de los casos, un instrumento para la agitación, una herramienta para las maniobras políticas y la negociación. Además, la ciudad, en palabras de *Castro*, “*era la tumba de la guerrilla*”.

XI.5.Sus ideólogos

Fidel Castro. Llegó a implantar en *Cuba su régimen* (“castrista”), que tiene distintas fases. Desde los sesenta ha sido acusado de entrenar, prestar apoyo logístico y financiar a distintas organizaciones guerrilleras y/o terroristas. Sirvió de modelo para las organizaciones de izquierdas que adoptaron la teoría de la revolución, así como sus tácticas y las del *Ché* para tomar el poder. En los sesenta numerosos aviones secuestrados fueron desviados a la isla, acciones que acabaron cuando en 1969 EE.UU y *Cuba* firmaron un importante acuerdo para impedir el aterrizaje de aviones secuestrados en el país. A pesar de ello, y paradójicamente, es en esa misma época cuando hasta la década de los setenta apoyó a los que optaron por la guerra de guerrillas, impulsada desde las zonas rurales en *Guatemala, Colombia, El Salvador*, etc. Pero posteriormente también apoyaría a los grupos que optaron por una estrategia de guerrilla urbana (*Brasil, Uruguay o Argentina*). De hecho, en 1975 *Francia* expulsaría a varios diplomáticos cubanos que estaban vinculados con el terrorista internacional “*Carlos (alias) El Chaca*”⁶⁹, quien había recibido entrenamiento en *Cuba*. Ya en los ochenta este país fue incluido en 1982 en la lista de países que apoyan el terrorismo internacional que elabora EEUU, junto con países como *Corea del Norte, Libia* (de *Gadafi*) y *Sudán*, por su apoyo a la organización guerrillera M-19 en *Colombia*. A

⁶⁹ Venezolano nacido en 1948, tiene por nombre *Illich Ramírez Sánchez*. Fue el terrorista más buscado en los setenta. Se ayudaba de muchas falsas identidades, como la de “*Carlos*” Martínez Torres. Como mercenario ideológico prestó sus servicios a los radicales de izquierda palestinos entre 1972 y 1984. Contactó con las Brigadas Rojas y el Ejército Rojo Japonés. También estuvo en campos de entrenamiento palestinos, no solo cubanos. Fue líder del Grupo (vinculado con la OLP) *Mohammad Boudia*. Aunque llegó a recortar de la prensa todos los artículos sobre él, su detención y el cambio de estrategia del movimiento de liberación palestina al apostar por la vía diplomática como fundamental para arreglar el conflicto su actividad decayó en los ochenta, dedicándose a la extorsión hasta que en 1994 fue detenido en *Jartum*. Cumple cadena perpetua en *Francia* y tiene diferentes causas.

partir de la década de los noventa la relación de *Fidel* con el terrorismo ha sido más difusa, reduciéndose prácticamente a la *función de refugio y asilo* para algunos terroristas internacionales.

El Ché Guevara. Era un revolucionario argentino convencido de que la lucha armada a través de la guerrilla era la única forma de conseguir mejorar las condiciones de vida de la mayoría de la población y de acabar con la oligarquía del poder político y económico en *Latinoamérica*⁷⁰.

XI.6. Uruguay, Brasil y Argentina: terror urbano

Acabada la doctrina de la guerrilla rural en 1967 con la muerte del **Ché** y de **Debray** el comienzo de la época del terror urbano tuvo su principal escenario en *Uruguay (tupamaros)*, *Brasil* (la Alianza Libertadora Nacional -**ALN**- y las **vanguardas**) y *Argentina (montoneros)*. Este terrorismo pretende aprovechar las ventajas que ofrecen las ciudades: anonimato, concentración de población, gran número de blancos para sus acciones, edificios y centros del poder político y económico, gran impacto social de sus acciones y una mayor difusión de sus objetivos políticos. Bajo su denominación se incluyen desde actividades de sabotaje, quema de mobiliario urbano, ataques contra entidades bancarias o edificios públicos protagonizados por grupos radicales anti-sistema, hasta verdaderos atentados, asesinatos y secuestros. Aunque su éxito ha sido desigual -según las distintas circunstancias de las causas y desarrollo del fenómeno-, no sólo en los ochenta con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de *Colombia*-Ejército del Pueblo -las FARC-, sino que incluso en los noventa el terrorismo urbano también ha sido utilizado por el *Irish Republican Army* (en adelante IRA), por movimientos antiglobalización y ETA, esta última en acciones de “*terrorismo de baja intensidad*” o *Kale Borroka*. Sus pioneros de esta clase de terrorismo fueron los movimientos del *Frente de Liberación Nacional argelino* (en adelante FLN) en su lucha anticolonialista contra el ejército y las autoridades francesas.

⁷⁰ Combinó sus actividades en el frente con una intensa labor intelectual, lo que dio lugar a que su obra fuera internacionalmente leída, así por la Banda alemana *Baader Meinhof* o las *Brigadas Rojas* italianas. Su primera experiencia como guerrillero fue en *Bolivia*, donde el Movimiento Nacional Revolucionario intentaba impulsar una reforma agraria. Después se desplazaría a *Guatemala*, donde le sorprendió la insurrección promovida por los *Estados Unidos* para derrocar al Gobierno de *Jacobo Arbenz*. En 1954 se trasladaría a *México*, donde se unió al Movimiento 26 de Julio, integrado por revolucionarios cubanos exiliados que preparaban una insurrección contra el dictador cubano *Fulgencio Batista*. Se unió a otros seguidores de *Fidel Castro* en la granja donde los revolucionarios cubanos estaban aprendiendo tácticas y estrategias militares y estaban siendo entrenados en guerra de guerrillas por el capitán del ejército español republicano *Alberto Bayo*. En 1959 *Guevara* se convirtió en la mano derecha de *Fidel* en su nuevo Gobierno, de forma que organizó y dirigió el *Instituto Nacional de Reforma Agraria* para expropiar tierras a los grandes terratenientes. Deseoso de volver a la acción años después se iría a varios países africanos, como en *El Congo belga*, donde también luchó junto con *Kinshasa* en su no exitosa revolución. Al volver a *Bolivia* se puso al frente del *Ejército de Liberación Nacional boliviano* (ELN), país desde el que pretendía extender la revolución al resto de países del continente. Fue capturado y ejecutado en el pueblo de *La Higuera*.

Aunque la lucha por la independencia allí también tuvo lugar en un principio en los núcleos rurales pronto se cambiaría de estrategia ante los escasos resultados, de manera que las acciones se combinarían en el campo y en la ciudad, sobre todo la capital –*Argel*–, a través de pequeños comandos clandestinos que sí lograron ya captar la atención internacional sobre la situación argelina. En 1962 *Argelia* se independizó y, fruto de su éxito, esta nueva estrategia se exportaría a *Latinoamérica*, pero a diferencia de “*los años de plomo*” en Europa (*Mayo del 68*), sobre todo en *Italia*, no como estrategia de lucha única sino combinada con la revolucionaria. Así, su objetivo era conseguir la desestabilización del Gobierno, la propaganda de sus programas, reducir las muertes en un combate abierto en el campo, buscar la represión de las fuerzas de seguridad, y desgastándolas, provocar el desencadenamiento de una movilización social a favor de la acción revolucionaria. Mientras que en *Uruguay y Argentina* su aparición tuvo lugar en un contexto de profunda crisis económica estructural, en *Brasil* el brote se produjo precisamente en una época de gran ímpetu económico.

Los tupamaros. Los *tupamaros*⁷¹, un grupo formado por *Raúl Sendic*, sobre todo tras la derrota del *Ché* en Bolivia, tenían como objetivo en *Uruguay* tomar el poder e implantar un Estado socialista bajo el lema “*las palabras dividen, la acción nos une*”; luchaban contra un gobierno liberal y pronto quedaría patente que su Teoría de la polarización, esto es, el intento que realizaban de establecer con la violencia un auténtico “poder alternativo” al Gobierno, con tribunales populares y cárceles del pueblo, tenía menos respaldo del que pensaban, subestimando además el poder de represión que representó el Ejército y no tanto la Policía.

La ALN y Las vanguardas brasileñas. La *Alianza Libertadora Nacional-Brasil* fue fundada en 1968 por *Carlos Mariguela* al ser expulsado del partido comunista por su radicalismo. Junto con el Movimiento de 8 de octubre y las vanguardas de

⁷¹ El nombre proviene de *Tupac Amaru*, líder indígena peruano, que tras dirigir una revuelta contra el dominio español a finales del siglo XVIII fue capturado y quemado en la hoguera.

En 1968 el Presidente *Jorge Pacheco* reformó la Constitución, concentró en sus manos el poder y declaró el estado de sitio. Siguiendo las estrategias de *Guillén* habían realizado operaciones a pequeña escala para que la policía cediera terrenos en determinados barrios de la ciudad. También realizaban un trabajo político para conseguir el apoyo popular de las masas. Lo hicieron poniendo al descubierto la corrupción política del régimen liberal y acentuando las injusticias. Solían repartir el botín de atracos a bancos entre la población más pobre, consiguiendo su simpatía. Pero a partir de **los acontecimientos de la ciudad de Pando**, una ofensiva de lucha antiterrorista gubernamental en la que murieron tres militantes y unos treinta apresados, su estructura clandestina se rompió y tuvo que cambiar a una estrategia que, al final, permitió al ejército desarticularlos. En 1970 asesinarían a *Dan Mitrione*, un consejero americano, en represalia por la negativa del Gobierno a intercambiarle por prisioneros. Dos años más tarde hicieron lo propio con tres jefes de los *escuadrones de la muerte*, pero a finales de ese año el movimiento había fracasado por las razones antes advertidas, si bien el papel que las torturas y ejecuciones extralegales tuvieron también en ello están siendo revisadas por una *Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos*. En 1973 un golpe de Estado implantaría una dictadura en *Uruguay* hasta la reimplantación de la democracia en los ochenta, momento a partir del cual y gracias a una ley de amnistía (1985) se ha reconvertido en un movimiento político (el *Frente Amplio Uruguayo*).

Carlos Lamarca iniciaron una intensa guerrilla urbana sobre todo en *Saõ Paulo*. La lucha antiterrorista urbana más famosa en ese contexto se encuadra dentro de la “*Operación Cóndor*”, es decir, se trataba de una serie de acciones antisubversivas en las que participaron los servicios secretos de varios países latinoamericanos con regímenes dictatoriales. En 1969 *Carlos Mariguella* fue abatido en *Saõ Paulo*. Más tarde, en julio de 1974 en el Estado de Bahía, le ocurriría lo mismo a *Carlos Lamarca*. La desaparición del grupo no se hizo esperar ante el poco apoyo social.

Los montoneros. Nacieron como formación peronista legal en 1968, pero se radicalizaron en 1970 hasta ser una formación armada cometiendo ese año su primer asesinato: el del expresidente *Pedro Aramburu*. Eran revolucionarios nacionalistas que tenían como objetivo alcanzar el poder y luchar contra el capitalismo, representado tanto por la oligarquía financiera y rentista argentina como norteamericana. Estaban muy influidos tanto por la experiencia revolucionaria cubana como por el Movimiento de protesta del mayo del 68⁷².

XI.7.Sus ideólogos

Los dos principales ideólogos del terrorismo urbano en *Latinoamérica* fueron *Abraham Guillén* (un refugiado español)⁷³ y *Carlos Marighella*⁷⁴.

⁷² De mayo de 1973 a septiembre de 1974, conseguida la vuelta al poder de *Juan Domingo Perón*, suspendieron todas sus acciones armadas. Tras la muerte de aquél volvieron a la lucha y en 1975 fueron declarados ilegales al recrudecer su violencia tras el golpe de Estado del General *Jorge Videla*. Tuvieron un gran apoyo popular, obtuvieron grandes ganancias por secuestros y rescates y una gran flexibilidad táctica que se puso de manifiesto en su más famosa acción: en la ciudad norteña de *Formosa* secuestraron un avión en el que iban los magnates de los negocios *Juan y Jorge Born*. Ocuparon el aeropuerto y atacaron a una Guarnición regimental importante de *Argentina* obteniendo sesenta millones de dólares por el rescate de los secuestrados. La política de represión gubernamental en 1976 no se hizo esperar y mermaron mucho a la organización: se calcula que entre 1976 y 1978 murieron unos cuatro mil quinientos montoneros y muchos fueron al exilio. Desde 1980 están inactivos y el régimen argentino investigado.

⁷³ **Abraham Guillén.** Aconsejó a los terroristas que se implicaran en *muchas acciones pequeñas*, obligando de este modo a ceder terreno a las fuerzas de seguridad. Su *cédula ideal* constaba de *cinco personas*, y eran ellas quienes debían decidir si lanzar o no un ataque, sin trasladar el asunto al alto mando. *Guillén* explicó los posteriores reveses de ***los tupamaros*** como una consecuencia de su decisión de emprender grandes batallas (“*homéricas*”), y también como uno de los resultados del establecimiento de “frentes fijos” (depósitos de suministros, hospitales, “cárceles del pueblo”, etc.). *Guillén* abogaba por una constante movilidad y por una existencia clandestina, pero al mismo tiempo insistía en la importancia de la labor política en la obtención del apoyo de las masas.

⁷⁴ **Carlos Mariguella.** Era más radical y anti-intelectual (“*las palabras nos dividen, mientras que la acción nos une*”). Con la convicción de que el asesinato es más importante que cualquier otra actividad, era partidario de una “*estrategia de tierra quemada*” a partir de la cual las masas culparían al Gobierno de las calamidades que habrían de derivarse de esas acciones. En su *Mini-Manual de la Guerrilla Urbana*, documento que solía ser incautado por las Fuerzas de Seguridad cuando se producían detenciones de los miembros de estos movimientos de extrema izquierda, se llega a afirmar que *en cuanto una gran parte de la población empieza a tomar en serio sus actividades, el éxito está asegurado*. Lo único que puede hacer el Gobierno es intensificar la represión, haciendo más difícil que nunca la vida de sus ciudadanos: se entrará en las casas, se organizarán registros policiales, se arrestará a gente inocente y se interrumpirán las

XII. EN EUROPA: NACIONALISTA

XII.1. *El IRA en el Ulster*

Respecto al terrorismo nacionalista, y en concreto centrándose en el del *Ulster*, LAQUEUR⁷⁵ señala que la composición social es lo que le distingue del resto de la mayoría de los demás grupos terroristas. Sus Movimientos están predominantemente integrados en ambos bandos por la clase trabajadora y la clase media baja. *Es una de las pocas campañas terroristas en las que los intelectuales de la clase media (en particular, los estudiantes) no han desempeñado ningún papel destacado.* Ha sido precisamente el carácter sectario de los grupos terroristas lo que les ha concedido buena parte de su apoyo popular, un apoyo mayor al obtenido jamás por cualquier grupo social revolucionario. De este modo, y casi de forma única en la historia del terrorismo, el *Irish Republican Army* (IRA) –que declaró el alto el fuego por Acuerdo⁷⁶ de Viernes Santo en el 10 de abril de 1998- estableció en algunas áreas urbanas “*zonas prohibidas*” para los protestantes y el Ejército británico, que, en cualquier caso, se veía frenado en sus operaciones por la *doctrina de la respuesta proporcional*. Esta doctrina fue el resultado del debate anglosajón sobre el papel de las Fuerzas Armadas en este contexto de lucha contraterrorista⁷⁷. El argumento principal contrario a la idea

comunicaciones; el terror de la policía estará a la orden del día y se cometerán cada vez más crímenes políticos. *En suma, habrá una masiva persecución política...*, y la situación política del país se transformará en otra militar. En cuanto al Minimanual referido **Es un catálogo de normas a seguir por el guerrillero urbano para conseguir el éxito de su acción, incluyendo la manera de actuar en su vida privada.** Entre sus fragmentos señalamos que en cuanto a su definición el guerrillero urbano “*es un hombre que pelea en contra de una dictadura militar con armas, utilizando métodos no-convencionales. (...)*”, que en cuanto a sus cualidades personales “*se caracteriza por su valentía y su naturaleza decisiva. Tiene que ser bueno tácticamente y ser un líder hábil. (...)*”, que “*debe conocer cómo vivir entre las personas y cuidarse de no aparentar ser extraño o separado de la vida ordinaria de la ciudad (...)*”, que en cuanto a su preparación técnica “*estriba en su preocupación por la preparación física, su conocimiento y el aprendizaje en profesiones y destrezas de toda clase, particularmente las manuales (...)*”, que sus armas son “*livianas, fácilmente intercambiadas, usualmente capturadas del enemigo, compradas, o hechas en el momento.(...)*”, que la razón de su existencia, para la que actúa y sobrevive, es la de “*disparar bien*”, y constituyéndose en un “*grupo de fuego*” dirigido por una o dos personas para permitir la mayor cantidad de iniciativa posible sin ningún tipo de vieja jerarquía. Para mayor exhaustividad en el análisis y en las características de la técnica de las guerrillas que figuran en ese Manual puede verse **BENEGAS, J. M^a.** (2004). “*Terrorismo*”, Diccionario. Madrid: Espasa Calpe. ISBN 84-670-1609-4, registrado en el Centro de Documentación de MINISDEF con el número R-323-BEN. Pp. 345-349.

⁷⁵ LAQUEUR, W. (2003). Ob.citada,...”*Una historia...*” p. 261.

⁷⁶ Su comentario y reproducción de sus extractos básicos lo podemos encontrar en **BENEGAS, J.M^a.** (2004). *Terrorismo*, Diccionario. Madrid: Espasa Calpe. ISBN 84-670-1609-4, registrado en el Centro de Documentación de MINISDEF con el número R-323-BEN.p.538-545.

⁷⁷ Desde antiguo, y dada la mentalidad anglosajona, fue característico preguntarse sobre la conveniencia o necesidad de llevar a cabo Policía y Ejército operaciones conjuntas. **Un hito** fue la constitución en 1829 de la nueva Policía de *Peel*. A partir de entonces el Ejército británico redujo progresivamente sus actividades de seguridad interna y de orden público hasta casi desaparecer en el siglo XX, lo que acostumbró a los británicos a ver a su Ejército con un papel limitado a asuntos exteriores y al *Bobby* inglés como al *gentil hombre uniformado* que dirige el tráfico urbano. Solo al aumentar la vulnerabilidad de la sociedad industrializada mediante ataques a sitios y lugares críticos ya en los setenta volvió a renacer la citada idea de su nuevo papel a favor también de la seguridad interior. Estos cambios no eran exclusivos. Soplarían nuevos vientos también en

conjunto-operacional es el de favorecer la “doctrina de la fuerza mínima frente a la violencia máxima”, que a su vez conlleva el que “la militarización”, y que si bien no hay *per se* nada malo ni incorrecto en ella como propuesta, distorsiona la realidad de los conceptos porque podría provocar un solape incontrolado de funciones y competencias entre Policía y Ejército. Prueba de ello es que si bien en la teoría constitucional anglosajona la condición jurídica de un miembro de sus Fuerzas Armadas es igual a la de cualquier otro ciudadano que intervenga para suprimir el desorden civil, lo cierto es que el soldado se halla en una situación anómala por estar sometido a la ley militar en la medida en que no es un ciudadano cualquiera, sino que es parte de un grupo armado sometido a órdenes.

Lord Diplock fue el que en ese contexto *se preguntó por la postura del soldado como ciudadano en cuanto que puede dar origen a una comprensión imperfecta de sus derechos y deberes*. Como juez de un soldado británico al que se estaba enjuiciando por haber disparado en *Irlanda del Norte* contra una persona que huía, causándole la muerte, reflexionaría manifestando que, en teoría, cualquier ciudadano, cuando está a punto de cometerse en su presencia un acto punible, está obligado a tomar todas las medidas de que pueda valerse razonablemente para impedir la comisión del delito; pero se trata de una obligación *imperfecta* que no le exige hacer nada que le pueda exponer a un riesgo de daño personal ni que le fuerce a buscar delincuentes ni a investigar delitos; en cambio, el soldado que se utilizaba en *Irlanda* para apoyar al poder civil tenía el deber, impuesto por su ley, la castrense, incluso de buscar delincuentes si se lo ordenaba su superior y de arriesgar su propia vida si fuera preciso para evitar actos terroristas. Ante esto eran dos los problemas que se suscitaban: las facultades legales que a ese soldado se le otorgaban (levantar barricadas, registrar, arrestar y dar órdenes a ciudadanos, etc.) conllevaba que se le colocara a veces en situaciones de responsabilidad personal verdaderamente irrazonables (porque debía obedecer en todo caso hasta la orden no manifiestamente ilegal de un superior y en situaciones de legalidad dudosa), lo que llevó a que otro magistrado, en este caso el australiano **Hope**, recomendara que en esos casos de apoyo civil el Ejército tuviera otorgados los poderes de la Policía como tal para que (a sus integrantes) sólo se les hiciera en cualquier caso responsables de las órdenes de sus superiores militares que fueran estrictamente recibidas para la defensa marítima, terrestre o aérea de la *Commonwealth*. El citado magistrado, por tanto, señaló como situaciones propicias para actuar de ese personal militar el asalto de edificios, aviones u otros medios de transporte público ocupados y retenidos por

Alemania, pero hasta en tiempos de Paz incluso en *Canadá* se llegó a invocar por su Ministro del interior en 1970 a la *Ley de Medidas de Guerra*, la cual permitió al Gobierno Federal saturar de tropas la región de Montreal, con el propósito de alcanzar a los terroristas del *Front de Liberation de Quebec (FLQ)*, en vigor medio año y que dio a las Fuerzas de Seguridad amplios poderes para detener e interrogar a la gente con motivo del secuestro de un comisionado comercial británico.

los terroristas, el acordonamiento u otra forma de protección de grandes espacios como un aeropuerto, en los que pretendieran entrar los terroristas violentamente, y las situaciones que implicasen zonas remotas o grandes, u otras fuera del control de la Policía, como por ejemplo la mar, o cuando hiciera falta un equipo con especial destreza porque la Policía, de hecho, no lo tuviera. No obstante, al estar hoy “de moda” la externalización de los servicios de seguridad con ocasión también de la piratería marítima, ese debate en la actualidad podría ser ampliado con los nuevos retos a los que nos enfrentamos⁷⁸.

Hecho anterior paréntesis en torno al referido debate, los terroristas protestantes trataron, con diverso éxito, de hacer lo mismo⁷⁹.

XII.2.La Banda Baader-Meinhoff en Alemania

También se la conoce como *Fracción del Ejército Rojo* (RAF). Fue fundada respectivamente por un estudiante y la redactora de una revista: *Andreas Baader* y *Ulrike Meinhof*. Fue un grupo de extrema izquierda influenciado por el mayo del 68 y las experiencias revolucionarias latinoamericanas y asiáticas de los sesenta. Sus miembros procedían de comunas y asociaciones de estudiantes de alemanes⁸⁰. El 27 de julio de 1976 secuestraron un avión de *Air France* (*París-Tel Aviv*) con gran parte de pasajeros judíos. Desviaron la nave a *Entebbe* (*Uganda*),

⁷⁸ Así el papel de la empresa privada en estos ámbitos, a veces con amargas experiencias (así los sucesos de la Empresa norteamericana *Blackwater* en *Iraq*), el deslinde laboral y de estatutos como el del mercenariado, el alcance de la responsabilidad estatal y mercantil privada, las posibles interferencias indebidas en negociaciones, la conciliación de los intereses existentes con los de la soberanía de los Estados afectados, el papel de su jurisdicción, el debido equilibrio mantenido de una política de Estado en estos casos, etc.

⁷⁹ Con un poco de imaginación esas “áreas liberadas” podían compararse a los focos de los movimientos guerrilleros rurales. El terrorismo fue indiscriminado. No iba dirigido contra los líderes del campo enemigo. Sin embargo, y por otro lado, los bares, las tiendas y los transportes públicos se contaron entre los objetivos predilectos de los atentados con bomba, tanto en *el Ulster* como en *Inglaterra*. La causa de que el IRA no se implicase en algunas de las técnicas terroristas más rebuscadas se debió quizás al hecho de que las operaciones terroristas fueran tan sencillas. *Lo que distingue a la más reciente fase del terrorismo irlandés de todos los brotes anteriores es, por un lado, su elevado grado de eficacia, y, por otro, su aún más elevado grado de crueldad*. Ocurrió que si -a medida que pasaba el tiempo- el Ejército y la Policía británicas estaban obligados a actuar de forma más humanitaria, los terroristas de ambos bandos se comportaron con una crueldad casi patológica, una crueldad que ni siquiera formaba parte de la tradición de los más extremistas luchadores irlandeses por la libertad de las generaciones pasadas que habían defendido y practicado el terrorismo.

⁸⁰ Con sus acciones de terrorismo urbano consiguieron la represión de fuerzas policiales y la adopción de medidas excepcionales por parte del Gobierno, así como una reacción de rechazo en las masas, aunque a diferencia de lo que preveían no acabarían por sumarse a la revolución. No era de extrañar: ocasionaron muchas pérdidas humanas y costes económicos a la *República Federal*. No les funcionó que fueran las fuerzas del orden las que aparentasen ser los represores del pueblo ante los ojos de los trabajadores. Cooperaron junto con el Movimiento del 2 de Junio alemán y con los Movimientos de Liberación del Tercer Mundo, así con la Organización de Liberación de Palestina (OLP) en *Jordania* y en el atentado de *Múnich* o con el Frente de liberación Nacional (FNL) argelino; eran activos en el enfrentamiento contra el imperialismo norteamericano y practicaban la lucha armada para liberar a presos de la organización. También hacían campaña contra el Gobierno federal alemán por vulnerar derechos democráticos.

y tras cuatro días del aterrizaje allí permitido un comando militar israelí la asaltó en el mismo aeropuerto liberando a todos los rehenes a costa de morir siete secuestradores y una veintena de policías ugandeses. En los ochenta, dando ya sus últimos coletazos⁸¹, contó con el apoyo de la Organización francesa Acción Directa para actuar contra la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y los EE.UU.

XII.3. Las Brigadas Rojas en Italia

Surgida en los setenta bajo la dirección de *Renato Curzio* y en el contexto de círculos universitarios radicales opuestos al sistema capitalista, algunos del entorno de organizaciones católicas de la Facultad de Sociología de *Trento*. Tenían influencia de los tupamaros y de los anarquistas y fueron catalizadores del movimiento del mayo del 68⁸².

XII.4. ETA, GAL, GRAPO, FRAP, TERRA LLIURE, RESISTENCIA GALEGA Y OTROS en España

ETA. Junto con el IRA, es uno de los grupos terroristas europeos más activos y antiguos. Surgió en verano de 1959 por la fusión de un grupo de estudiantes de Deusto y de las juventudes del Partido Nacionalista Vasco (PNV) al considerar que el nacionalismo vasco controlado por la generación de preguerra era inoperante en su actividad contra la dictadura franquista. Esta oposición al régimen le granjeó en algunos sectores sociales ciertas simpatías que se pusieron de manifiesto en el proceso de Burgos, es decir, un Consejo de Guerra celebrado en diciembre de 1970 donde un Tribunal Militar juzgó a la dirección de ETA detenida el año anterior. Entre sus abogados defensores estarían entre otros, *Juan M^a Bandrés* y *Gregorio Peces Barbas* y sus encausados lo fueron en base al Decreto de 1943 sobre Rebelión Militar, Bandidaje y Terrorismo, regulado en el Código Penal Militar de 1944 y revisado en 1963 con la creación del Tribunal de Orden Público (TOP)⁸³.

⁸¹ La muerte de *Andreas Baader* tuvo lugar en la madrugada del 18 de octubre de 1977 en la prisión. El mismo día aparecieron muertos junto con él otro preso y su novia, mientras un comando de la organización mantenía secuestrado a un industrial y pretendiendo su canje a sabiendas de que un año antes también había muerto en similares circunstancias la también líder *Ulrike Meinhof*. Siempre la versión oficial mantuvo que sus muertes fueron por suicidio.

⁸² Su lema era “*muerde y huye*” pretendiendo crear un poder popular surgido frente al poder desde la fábrica y el barrio. Quería militarizar esa lucha armada mediante un “*partido de las armas*”, por lo que su estructura era muy jerarquizada teniendo en cuenta el “*lumpen proletario*”. Los años 1978 y 1979 fueron los “años de plomo” (hasta 736 atentados en 1979) y efectuaron actos de sabotaje en factorías diversas (*Milán* y *Génova*), llegando en 1972 a retener al mayor directivo de la *Sit-Siemens* solo veinte minutos, más tarde (1974) a un Juez (*Mario Sosi*) durante treinta y seis días, pero también acudieron al asesinato para poner en jaque al Estado italiano con el **secuestro y muerte de Aldo Moro**, presidente de la Democracia cristiana, el 16 de marzo de 1978, que fue el comienzo de su fin por el aumento a su cerco policial. Ayudaron a su desmantelamiento las detenciones de la policía y las delaciones entre ellos a cambio de las rebajas de condena.

⁸³ Aunque a partir de 1963 con esa reforma ya los tribunales civiles podían juzgar “delitos políticos”, tras la muerte de *Melitón Manzanas* y el estado de excepción consiguiente la jurisdicción militar se hizo cargo otra vez, a partir del 16 de agosto de 1968, de tales asuntos “políticos”. Durante ese juicio ETA secuestraría también a un cónsul alemán como medio de presión para evitar la

Nada más liberarse un cónsul alemán que apresó a final de ese mismo mes, se dictó Sentencia con unas penas para los acusados que fueron mayores a las solicitadas por el propio fiscal. No obstante, los que fueron condenados a muerte tendrían conmutada por *Franco* su pena capital y la mayoría, antes de las elecciones del verano del setenta y siete, salieron de prisión para cumplir extrañamiento fuera de España. Acabada la dictadura continuaron su actividad hasta nuestros días⁸⁴.

LOS GAL. Por su parte, en cuanto a los *Grupos Antiterroristas de Liberación*, GAL (1983-1987), junto con el *Batallón Vasco Español* (1975-1981), fueron organizaciones parapoliciales contra ETA que actuaron entre 1977 y 1985, iniciándose una guerra ilegal contra el terrorismo que vulneró también los principios democráticos⁸⁵.

EL GRAPO. En cuanto al *Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre*, GRAPO, fue creado en 1975 en una reunión de marxistas-leninistas de España, en Santander, con motivo del I Congreso del Partido Comunista Reconstituido. Se proclaman así mismos la “vanguardia dirigente de la clase obrera”⁸⁶.

ejecución de sus militantes y se preparó también una fuga de la cárcel de Burgos a través de una operación (Botella) que fracasaría.

⁸⁴ La mayoría de sus asesinatos y los más indiscriminados han sido en la etapa democrática pese a que hubiera una amnistía política a favor de los presos, la celebración de elecciones libres y un autogobierno vasco. Su espiral de violencia más acusada tuvo lugar entre 1979 y 1981, es decir, en los momentos previos al 23-F. Su *modus operandi* más común siempre han sido el tiro en la nuca y el coche y carta-bomba, pero entre sus fracasos más sonados por contados fue el atentado contra *José María Aznar* en 1995. *Herri Batasuna* fue ilegalizada desde el año 2002 y ha sido procesada bajo la acusación de pertenencia a ETA. Sus sucesores, BILDU y AMAIUR, han conseguido en el año 2011 tener representación política en el Parlamento por una STC (62/2011), de 5 de mayo. El Estado ha centrado sus esfuerzos en la vía policial, en leyes de endurecimiento de las penas por causa de terrorismo y en la reducción de los beneficios penitenciarios sobre todo por delito de sangre. En ese contexto quizá pueda explicarse que, antes del 11-M, concretamente en diciembre del 2003, cuando después de que la organización fuera incluida un año antes en la lista de organizaciones terroristas extranjeras elaborada por el departamento de Estado de los EE.UU, tras los sucesos del 11-S, se llegó a frustrar un atentado planeado por ETA en varias vías férreas y en el tren *Irún-Madrid*. Lo pretendía volar por los aires estando repleto a su llegada a la estación madrileña de *Chamartín*. La detención de uno de los miembros permitió desactivar los explosivos colocados en la vía. Hoy también está en esa misma lista, pero de la *Unión Europea*.

⁸⁵ Se dio a conocer con la liberación de un ciudadano francés, de *Behobia*, llamado *Segundo Marey* (*Secuestro de Segundo Marey*), a quien habían tenido ilegalmente detenido desde el 4 de diciembre de 1983. Se pretendía pagar a ETA con la misma moneda y para los GAL trabajaban mercenarios a sueldo que antes lo habían hecho en otros grupos parapoliciales creados a raíz del atentado a *Carrero Blanco*. Tras investigaciones periodísticas y declaraciones de un mercenario portugués a la justicia francesa, la española decidió detener a los policías *Michel Domínguez* y *José Amedo*, ambos de la comisaría de *Bilbao*. En 1994, la investigación del entonces Juez *Baltasar Garzón* tuvo un nuevo impulso como consecuencia de sus nuevas declaraciones por la no concesión de su indulto. Toda la cúpula del Ministerio de Interior de la época quedó implicada: *Julián Sancristóbal*, *Rafael Vera*, etc., fueron encarcelados en *Guadalajara*. En marzo de 1995 los restos de *Lasa* y *Zabala* aparecieron en *Alicante* con signos de haber sido torturados.

⁸⁶ Su mayor actividad asesina tuvo lugar en 1979, tras promulgarse la actual Constitución. Con el PSOE en el poder tres años más tarde declaró simbólicamente un “alto el fuego”, pero sus

TERRA LLIURE. En cuanto a TLL, fundada en 1978 y disuelta en 1991, se dio a conocer oficialmente en un partido de fútbol en el Camp Nou (23 de Junio de 1981) en el marco de la campaña "Som una Nació". En su primer documento público, cuyo título es "*Crida de Terra Lliure*" (Llamada de Tierra Libre), se definió a sí misma como "*organización revolucionaria que lucha por la independencia total de los Países Catalanes*". Tras el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, *Terra Lliure* secuestró al periodista *Federico Jiménez Losantos*⁸⁷ y a una profesora de instituto el 21 de mayo de 1981⁸⁸.

EL FRAP. El Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (FRAP) fue una organización armada española, inspirada por militantes del Partido Comunista de España (marxista-leninista), que recurrió a la violencia contra la dictadura de *Franco*. El FRAP se constituyó formalmente el 24 de noviembre de 1973, en una

dirigentes en verdad ya estaban en prisión y la organización prácticamente descabezada. Conseguirían realizar atentados esporádicos con posterioridad, pero además de tener una ideología ambivalente no llegó a tener ningún apoyo social. Entre sus atentados más significativos destacamos el de la *Cafetería California 47* de Madrid en 1979 o, antes (1977) el del secuestro del Presidente Consejero de Estado y del Reyno *Antonio M^a Oriol y Urquijo*, o el del Teniente General *Villaescusa Quilis*, Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, rehenes estos dos últimos que fueron liberados gracias a la acción combinada de la policía con la Guardia Civil. También secuestrarían al empresario de Zaragoza *Publio Cordón*, desaparecido desde 1995. En el año 2002 sería desarticulada totalmente con detenciones de sus de activistas en *Francia y España*.

⁸⁷ *Jiménez Losantos* se había convertido en objetivo de los terroristas al promover el Manifiesto de los 2.300, firmado por intelectuales y profesionales en el que se denunciaba la situación de los castellanohablantes en Cataluña y denunciaba la obligatoriedad de estudiar en catalán. *Losantos* fue liberado el mismo día en un pinar cercano a *Santa Coloma de Gramanet* tras recibir un disparo de *Pere Bascompte* en la pierna.

⁸⁸ Entre 1981 y 1984 atentó contra repetidores de televisión, intereses económicos franceses o españoles. Durante los años 1984-1989 algunos activistas de *Terra Lliure* fueron arrestados. Finalmente en 1987 la explosión de una bomba colocada en un Juzgado provocó la caída inesperada de una pared que mató accidentalmente a una vecina. Este hecho replanteó las acciones de la organización. En su último comunicado proclamó su autodisolución habiendo comprobado la responsabilidad política de ERC en el proceso hacia la independencia y algunos de los principales activistas de la organización se unieron a ETA, como Joan Carles Monteagudo, integrante del Comando Barcelona que perpetró los atentados de Sabadell y la casa-cuartel de Vic, que se saldaron con 16 víctimas mortales. La detención, en junio de 1992, de unos sesenta militantes en la denominada Operación Garzón (nombre del juez que la ordenó), poco antes de la celebración de los Juegos Olímpicos de Barcelona (julio de 1992) hecho que hizo menguar la capacidad operativa de *Terra Lliure*. Quince de los detenidos presentaron una demanda contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando haber sufrido torturas. El 2 de noviembre de 2004, el Tribunal emitió su fallo. Todos los presos de la organización acabaron siendo indultados, algunos incluso tras negarse a recibir beneficios penitenciarios. A finales de 1996 ya no quedaba ningún preso de *Terra Lliure* en prisión. **AFFAIRE MARTINEZ SALA ET AUTRES c. ESPAGNE** (Requête n° 58438/00). ARRÊT STRASBOURG, 2 de Novembre 2004. En él desestimaba las alegaciones de torturas pero condenaba al Estado español por no haber realizado una investigación profunda y efectiva de los hechos, de acuerdo con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a fin de averiguar si éstas habían tenido lugar, considerando que la investigación efectuada no había sido exhaustiva. España fue condenada a indemnizar a los demandantes con 8.000 euros cada uno por daños morales. Asimismo se impuso a España el pago de 12.009 euros en concepto de costes legales.

Conferencia Nacional celebrada en *París*, en la que *Julio Álvarez del Vayo* fue elegido su presidente⁸⁹.

RESISTENCIA GALEGA. Esta organización terrorista, que hasta el momento sufre Galicia a través de un terrorismo “de baja intensidad” (protagonizado desde el año 2005, puesto que su existencia se descubrió a raíz de la *Operación Castiñeira* de la Guardia Civil), es la que actualmente preocupa⁹⁰ al Ministerio del interior en la medida en que es heredera y tiene por predecesor al desaparecido “*Exercito Gerrilhero do povo Galego Ceive*” y, probablemente, se trata de una banda terrorista que actúa como ente autónomo dentro del “*Movemento de Libertación Nacional Galego*” (MLNG), del que se nutre y apoya.

Por último, entre otros grupos terroristas tan sólo citamos a los *Comandos Autónomos Anticapitalistas (CAA, 1970-1980)* y al *Movimiento por la*

⁸⁹ El 1 de mayo de 1973 tuvo lugar la primera muerte relacionada con el FRAP, cuando en las manifestaciones celebradas en *Madrid* convocadas por el PCE (m-l) y el Comité Coordinador pro-FRAP muere un subinspector de la *Brigada Político-Social (BPS)* tras ser apuñalado en los enfrentamientos que se producen entre la policía y los manifestantes en las cercanías de *Atocha*. Posteriores “ataques” contra miembros de la policía política y de la *Guardia Civil* tuvieron lugar en el verano de 1975. Los atentados alcanzan su punto culminante en *Madrid*, cuando el 14 de julio de 1975 se asesina a un miembro de la Policía Armada. Poco después otro policía es gravemente herido y en agosto miembros del FRAP asesinan a un teniente de la Guardia Civil. Como consecuencia se practicaron detenciones de numerosos militantes y la celebración de dos Consejos de Guerra, que tuvieron como consecuencia las condenas a muerte de tres militantes del FRAP (*Xosé Humberto Baena Alonso, José Luis Sánchez Bravo y Ramón García Sanz*) y dos de ETA político-militar (*Juan Paredes Manot y Ángel Otaequi*). En la edición de 2 de junio de 1976 de la Vanguardia, página 32, una nota de la policía notificó la detención de *Rafael Blasco Castany*, que fue uno de los últimos fusilados de la dictadura. Estando el FRAP cada vez más apartado de los pactos y movimientos políticos que se estaban dando en la oposición a la dictadura, el triunfo de la operación de reforma política y la nueva situación llevó a su fin y a su disolución en 1978.

⁹⁰ Vid. Diario ABC de 07 de julio de 2013, Sección España, pp.30 y 31.: “*Interior detecta en resistencia galega la estructura de una banda terrorista*”. Esa preocupación tiene como fundamento en que es la única banda terrorista que actualmente se encuentra activa en *España*, en que a lo largo de estos años ha ido perfeccionando su estructura contando no solo con un aparato militar sino otros de captación, financiación y falsificación; por otro lado, fue en Octubre del año 2011 cuando manifestó su vocación de permanencia en el tiempo al exponer una estrategia de dos décadas de lucha armada, pasadas las cuales el Gobierno tendría que aceptar un cambio del marco político. Desde finales de junio del 2013 se sigue juicio en la Audiencia Nacional contra varios miembros (*Roberto Rodríguez Fiallega, Eduardo Vigo Domínguez, Antón Santos Pérez y María Osorio López*) que fueron detenidos interviniéndoles explosivos y documentación falsificada (DNI y permisos de circulación fundamentalmente). La estructura de “*legales*”, dedicados al adiestramiento y captación continuada de personas, de forma muy similar a las estructuras de la llamada “*Izquierda Abertzale*”, apoyaría clandestinamente las labores citadas junto con las de financiación y de comisiones de acciones y atentados mientras llevan un modo de vida aparentemente normal, lo que dificulta mucho su identificación y localización. De hecho, este aparato sigue intacto pese a los golpes policiales. La estructura de “*illegales*”, que recogerían e introducirían material explosivo e incluso lo intercambiarían por material logístico, dirigiría ideológica, operativa y estratégicamente la banda. En esta estructura formarían parte, al menos, *Antón García Matos* (“*Toninho*”) y *Asunción Losada Camba*, la cúpula de la banda. Desde 2005 ha perpetrado unos treinta y cinco atentados, el treinta por ciento de ellas en empresas de la construcción, el diez por ciento en sedes de fundaciones y partidos políticos y el resto en bancos, oficinas de empleo, instalaciones de telefonía, juzgados y diferentes infraestructuras.

Autodeterminación e Independencia del Archipiélago Canario (MPAIAC, 1964-1979).

XIII. ORIENTE MEDIO: ISLAMISTA

XIII.1. Egipto

La cofradía de “*los Hermanos Musulmanes*”⁹¹, inscrita oficialmente en los registros del Estado en 1945 por primera vez y actualmente ilegalizada por *Al Sisi*, oscura, de nutrida historia y gran predicamento, y que mantiene sus resortes en la sombra, *ha sido muy eficaz a la hora de exportar su modelo a todo el mundo árabe*, si bien la posibilidad de que gobernase Egipto tras *la Primavera árabe* ha sido abortada por el golpe de Estado del 03 de Julio del 2013. El argumento de que los miembros de la hermandad son terroristas ha sido empleado por líderes de *Egipto*, desde *Nasser* hasta *Mubarak*, para justificar su opresión contra ellos. De ese modo se ha justificado ante otros países el nivel de represión empleado contra ellos. *Mubarak* empleó los ataques terroristas del 11-S para relacionarlos con *Al Qaeda*. Su influencia en los territorios palestinos es que algunos de sus miembros fundadores y simpatizantes crearon el grupo islamista *Hamás*. Además, tomaron parte en las revueltas de *Túnez* y *Libia* y la hermandad fue una avanzadilla crucial en el levantamiento contra *Bachar El Asad* en *Siria*. Tras la revuelta de “*la primavera árabe*” del 2011 y la caída de *Mubarak* pasó a ganar todas las elecciones a las que se presentó en los primeros meses de la democracia. Desde

⁹¹ Fundada en 1928 por *Hassan al Banna*, un pío profesor de escuela, creyó que la mejor forma de acabar con la colonización británica y lograr la independencia egipcia era instigar un renacimiento religioso en la zona, avanzando una sociedad más islámica. Para ello creó una red de ayuda sanitaria, educativa y social paralela a la del Estado. Esa red es hoy más robusta que nunca y sus indeterminados miembros alcanzaron en ocho décadas laboriosamente los más altos rangos del poder, pero desde finales de los años treinta se trata de una milicia secreta porque se fundó para luchar contra el flujo de judíos a *la Palestina británica*. En realidad, participó en todo tipo de asesinatos selectivos dentro de *Egipto*, entre ellos el del primer Ministro *Mahmud Al Nukrashi Pasha* (1948). Aquel magnicidio fue la gota que colmó el vaso para *Al Banna*, quien vio el peligro de radicalización y en sus últimos años apostó porque la Hermandad recurriera a medios pacíficos, lo que le costó la muerte violenta en 1949. Sucedido *Al Banna* por *Hasan al Hudabai* hasta 1973, año en que murió, en esa travesía del desierto de la hermandad había razones como para que *Nasser* quisiera descabezarla ya desde entonces, igual que *Al Sisi* hoy: tras el alzamiento militar y la expulsión de los británicos en 1952 el coronel tomó las riendas del país y en otoño de 1954 fue disparado ocho veces, pero al salir ileso la ilegalizó, ahorcó a seis miembros (así *Mohamed Farghali*) y encarceló a miles de miembros. Un grupo dentro de la Hermandad recurrió a la violencia en respuesta al régimen autoritario de *Nasser*, pero durante más de cuarenta años ha funcionado dentro de la sociedad egipcia a pesar de la represión, arrestos, prisión y torturas sufridas. Entre los encarcelados se hallaba *Said Kutb*. En prisión escribió un manifiesto en el que llamaba a un renacimiento armado del islam frente a los representantes del estado de primitivismo de los árabes antes de que se revelara *el Corán* al profeta *Mahoma*. También para él los egipcios que vivían como un occidental eran objetivos legítimos de lucha, de forma que *Nasser* ordenó que se le juzgara. Fue declarado culpable, casi sin derecho a la defensa, y ajusticiado el 29 de agosto de 1966, de forma que con su muerte fue un mártir e hito del islamismo radical. Entonces un adolescente nacido en *El Cairo* había quedado fascinado con sus enseñanzas. Se trataba de ***Al Zawahiri***, que sería uno de los fundadores de *Al Qaeda*, grupo terrorista que dirige ahora, tras morir *Osama Ben Laden*.

la oposición se le reprochaba a *Morsi* que gobernara sólo para los Hermanos Musulmanes, pues no en vano cometió el error de proponer un proyecto de Constitución islamista, aprobada con más de un sesenta por ciento de los votos, con referencias a *la sharía* como fuente de legitimidad jurídica. El ejército y los demás partidos, laicos, vieron con recelo y en el contexto de una joven democracia cómo un grupo, nacido, crecido y madurado en la clandestinidad acariciaba un poder casi absoluto. La cofradía se registró como una organización no gubernamental el 21 de Marzo del 2013, después de que un juzgado recomendara su disolución ateniéndose a la prohibición de *Nasser* en 1954, y en el día 3 de Julio del 2013 sería finalmente expulsada del poder porque sus ancestrales enemigos –Ejército, policía y poder judicial- no abandonaron su guerra de agotamiento. *Al Sisi* la ilegalizaría como partido político.

XIII.2. Palestina

Por su parte, en cuanto al terrorismo palestino, los grandes logros políticos de la principal facción de la OLP, *Al Fatah*, se explican por sus acciones terroristas a gran escala, por el gran apoyo financiero de los Gobiernos árabes y por su gran tamaño (esta Organización ha sostenido entre 10.000 y 15.000 hombres en armas). Se cuentan entre *los primeros en desarrollar dos importantes técnicas nuevas*: la primera, enrolar a mercenarios⁹² tal y como, por ejemplo, se demostró en mayo de 1972 con la *masacre del aeropuerto de Lod*, perpetrada por miembros del *Ejército Rojo japonés*, y, la segunda, la fundación de Organizaciones *ad hoc* (por ejemplo la *Fundación Septiembre Negro*) para la realización de operaciones que, o bien eran particularmente espantosas, o bien implicaban complicaciones internacionales, y ello *con el fin* de desvanecerse con idéntica rapidez. La razón es que, dada la ventajosa coyuntura internacional, la división del trabajo tenía inestimables ventajas: permitía proseguir la lucha terrorista mientras, al mismo tiempo, el liderazgo político del Movimiento podía dissociarse de esas operaciones. El establecimiento de un Estado independiente de *Israel* tras el final del protectorado británico en *Palestina* desplazó a la población árabe de sus lugares de trabajo y de residencia a favor de los colonos judíos. La guerra que desencadenó el final del protectorado y la victoria israelí condenaron a los palestinos a desplazarse y a vivir en campos de refugiados o a permanecer en los territorios ocupados bajo las constantes incursiones israelíes. *Al Fatah*, como movimiento político de la OLP que significa “*La Victoria a través de la Yihad*”, fue fundado en 1957 por *Yasser Arafat* y dos colaboradores como *Jalil al Wazir* y *Salaf Jalaf*. Pretende un Estado palestino independiente, democrático, multiconfesional y libre de la ocupación israelí. Mientras que *Siria*, *Jordania* y *Egipto* la tacharon de subversiva el de *Argelia* fue el primer Gobierno árabe que en 1963 reconoció a esta organización.

⁹² Vid Anexo I.

En 1968 se unió a la OLP y llegó a tomar su control un año después. Ha intentado siempre guardar en secreto su organización interna y la lucha palestina por su independencia quedó *de facto* incluida dentro de los *Movimientos de Liberación Nacional* (MLN) y anticolonialistas de los setenta, pero que ya a partir de la segunda guerra mundial habían aflorado en *Asia* y *África*. Aunque empezó con una estrategia guerrillera en los sesenta, la derrota árabe de “la guerra de los seis días” (*Yom Ki Pur*) hizo que su lucha continuase sin apoyo estatal alguno para conseguir su objetivo propuesto, de forma que su estrategia era ya el terrorismo incluso antes que la guerrilla: combinar atentados y secuestros en terceros países con la táctica guerrillera en el interior de *Palestina*. Se especializó en secuestros aéreos en el extranjero, como medio para conseguir la atención internacional sobre el conflicto. Precisamente *Septiembre Negro* fue conocido mundialmente por el *secuestro de aviones* y por los *asesinatos de deportistas israelíes en los Juegos Olímpicos de Múnich en 1972*. En 1974 *Arafat* cambia de estrategia y proclama un edicto donde prohíbe las operaciones terroristas en *Europa* puesto que perjudicaban la lucha del pueblo palestino. Con la invasión de *El Líbano* en 1982 el grupo se dispersa en varios países árabes y a partir de entonces mantiene vivos algunos de sus comandos terroristas, pero independientemente de sus facciones por entonces ya divididas *ofreció entrenamiento a una amplia gama de terroristas europeos, orientales, asiáticos y africanos y de grupos insurgentes*. Contaba para ello con el apoyo de *Arabia Saudí* y de *Kuwait*, así como de otros países moderados del *Golfo Pérsico*, relaciones que se romperían con la Primera Guerra del Golfo al apoyar a *Irak* de *Sadam Husein*, mientras que *Arabia Saudí* y las naciones árabes más influyentes apoyaron a los EE.UU. *Arafat* renunció al terrorismo y a la violencia en el Acuerdo de Oslo de 1993. *Al Fatah* pasaba a ser defensor de una salida no violenta en el Conflicto con *Israel*, lo que no ha evitado tensiones internas con los sectores palestinos más radicales. La Hoja de Ruta del plan de paz patrocinado por *George W. Bush* en el año 2003 fue rechazado por los grupos armados de *Al Fatah*, que son *Hamás*, *Yihad islámica palestina*, y las *Brigadas de los Mártires de Al Aqsa*, de forma que tras una tregua rota donde se habían puesto unas falsas esperanzas en la liberación de presos palestinos por las autoridades israelíes hizo que se produjese una vuelta a la espiral de violencia que todavía hoy perdura y está latente en Oriente Medio. No en vano, con la consiguiente congelación de activos y restricción de movimientos que ello le comporta, la propia *Unión Europea* ha incluido el día 22 de julio del 2013 al brazo armado de *Hizbulá* (partido-milicia *chií*)⁹³ dentro de la lista de organizaciones terroristas en una decisión que fue promovida por los *EE.UU* e *Israel* tras constatar

⁹³ *Hizbolá* o “Partido de Dios” se fundó entre los años 1977 y 1979 a raíz del proceso revolucionario iraní conocido como “la Revolución islámica” que depuso al *Sah* y que se formó con la ayuda del ayatollah *Jomeini*. Sigue una versión ideológica islámica *chiíta* que en el *Líbano* tiene por objetivo implantar un Estado islámico, aunque admiten que éste solo podría implantarse con el consenso de la población.

las crecientes actividades de este grupo tanto en territorio europeo⁹⁴, así el caso de un atentado suicida en *Bulgaria* que en el año 2012 dejó seis muertos, como en territorio sirio⁹⁵ en apoyo de *Bachar Al Asad*.

XIII.3. Su influencia en el terrorismo internacional

Ha habido otros grupos que han adoptado esta táctica y la han llevado todavía más lejos, extendiendo el conflicto a individuos y países que están directamente comprometidos en la lucha. En algunos casos también sirvieron como intermediarios para conseguir armas y apoyar a otras organizaciones terroristas como la *Banda Baader-Meinhof*. Este es un caso *del terrorismo internacional* cuyo estudio lo abordamos a continuación en su modalidad más fanática y conocida.

XIV. EL TERRORISMO GLOBAL DE LA YIHAD

XIV.1. Su condena por la ONU

El Consejo de Seguridad de la ONU, en su Resolución 1390 de 16 de enero de 2002 reafirmó otras Resoluciones anteriores en el sentido expreso de erradicar y condenar a la organización terrorista *Al Qaeda* estableciendo una serie de acciones para ello. Con ese nombre, que significa “*la base*”, no se dio a conocer hasta los atentados del 11-S. Como organización secreta operaba en la sombra logrando reclutar miembros para su causa a través de la instrumentalización de las arengas incendiarias del fundamentalismo en la *madrassa* y en la *mezquita*.

XIV.2. Los elementos de su manifestación sociológica

XIV.2.1. Su origen y filosofía de vida

El origen de la “guerra Santa” lo encontramos en la época de las Cruzadas. De hecho, ese término árabe ya aparecía en *el Corán* y hay una versión fanática y extrema, *la sharia*, que le otorga ya a *la yihad* un carácter propiamente bélico.

XIV.2.2. Los fundamentalismos

La expresión “*fundamentalismo*” proviene, curiosamente, de los *Estados Unidos*, en referencia a una serie de diez volúmenes titulados “*The Fundamentals*”, publicados privadamente por dos hermanos, hombres de negocios, entre 1910 y 1915, para reunir los textos sagrados editados por los teólogos evangélicos conservadores de finales de siglo XIX. **CASTELLS**⁹⁶ lo define como “*la*

⁹⁴ Vid. El Mundo de 23 de julio de 2013, Sección Mundo, p.32.: “*Hizbulá ya es grupo terrorista para la UE*”. También La Gaceta del mismo día, Sección Internacional, p.26.: “*La UE incluye a Hezbolá en la lista de grupos terroristas*”.

⁹⁵ Vid. El País de 23 de julio de 2013, Sección Internacional, p.5.: “*La UE declara terrorista a la milicia de Hezbolá por su implicación en Siria*”. También el ABC del mismo, Sección Internacional, p.42.: “*La UE incluye a las milicias de Hizbolá en la lista terrorista*”.

⁹⁶ **CASTELLS, M.** (2003). *La era de la información. Individualismo y comunalismo en el origen de la violencia del siglo XXI*. Ob. cit. Cuadernos de Estrategia del Instituto español de estudios estratégicos, nº 124, p.172.

construcción de la identidad colectiva a partir de la identificación de la conducta individual y las instituciones de la sociedad con las normas derivadas de la ley de Dios, interpretada por una autoridad definida que hace de intermediaria entre Dios y la humanidad".

XIV.2.3. Debate jurídico

A diferencia de cualquier otra religión los islamistas no sólo tienen *el Islam* como doctrina religiosa sino como norma, incluido el infiel, sobre todo si se está en la creencia o catatimia de que se ocupan tierras del islam⁹⁷. Pero **VILLÁN DURÁN**⁹⁸ se pregunta: *¿por qué en algunos países islámicos somos testigos de lapidaciones, flagelaciones, amputaciones o uso obligatorio de chador en la mujer?* Hay que tener en cuenta que entre los elementos que conforman el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* hay un número de derechos fundamentales cuyas normas⁹⁹ son inderogables y de derecho necesario, que a su vez generan obligaciones frente a todos (*erga omnes*) en los términos del art.53 de los dos Convenios de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que son la explicación de la existencia en los arts.31-33 del primero de ellos (sobre la técnica aplicativa concretada en el principio *interpretatio pro homine*¹⁰⁰). La respuesta que en función de ese marco normativo da **VILLÁN DURÁN**¹⁰¹ es que si el derecho invocado tiene su origen en el derecho dispositivo *sólo tendrá el carácter de Derecho Humano universal en la medida en que así haya sido aceptado voluntariamente por todos los Estados*. Pone como ejemplo la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam, donde sólo se reconoce a la *ley chirámica islámica (sharia)* como única fuente de referencia en su aplicación e interpretación. En este sentido, y según dicho autor, si bien a partir de la *Proclamación de Teherán en 1968* se puede decir que *la práctica* ha sido que, independientemente de la intención de sus autores en 1948, *el Texto de la DUDH*

⁹⁷ En la recuperación de la ideología que esta palabra supone hay un latido político expansionista de esa filosofía religiosa. Su mayor rechazo occidental se manifestó con el período medieval de las Cruzadas, que una vez acabadas tuvieron como consecuencias su expulsión y su persecución (como la representada por *la Inquisición*).

⁹⁸ **VILLAN DURAN, C.** (2002). *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Editorial Trotta. Madrid.p.5. Siguiendo a **JIMÉNEZ PIERNAS Y GONZÁLEZ CAMPOS** define este Derecho como el *"sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, las cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto"*.

⁹⁹ Son las escogidas en el art.4 del PIDCP, arts. 15 del CEDH y 27 de la CADH.

¹⁰⁰ Según sentencias de la Corte Internacional de Derechos Humanos de 1.IX.01 en los casos *Hilaire y Constantine et alli c. Trinidad y Tobago* (art.62 de la Carta Americana de Derechos Humanos), las interpretaciones restrictivas unilaterales por parte de los Estados de las normas de Derechos Humanos *se deberán tener por inaceptables*.

¹⁰¹ **VILLAN DURAN, C.** (2002). *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*. Madrid: Trotta. Ob. cit., p. 111 *in fine*.

ha adquirido un valor jurídico equiparable al del Derecho Internacional positivo, no obstante, **VILLÁN DURÁN** critica la redacción del párrafo octavo del Preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 por no mencionar expresamente el valor jurídico obligatorio de la DUDH, lo que -según él- es una ocasión perdida de la comunidad internacional y, en definitiva, un nuevo retroceso respecto a la Proclamación de Teherán porque puede poner en duda su valor jurídico entre los internacionalistas. En suma: La Yihad se ha tratado de adaptar a los contextos no sólo religiosos de su tiempo, sino también políticos, de forma que desde la Edad Media hasta ahora el solo hecho de invocarla como una llamada determinada de actuación no siempre ha conllevado una masa organizada de fieles para llevarla a cabo, pero sí pone en evidencia que al menos para los países islámicos el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su práctica y en la norma, no está consagrado.

XIV.2.4.Su peligrosidad

Esa lucha contra el infiel, es decir, *la sharia* en su versión bélica, sólo ha ocurrido en la guerra de *Afganistán* con motivo y ocasión de la ocupación soviética, pero estando por detrás un viejo conflicto adicional no menos latente, el de *Oriente Medio*, que al final lo único que hace es alimentar de forma permanente el ya de por sí componente fanático de cualquier talibán y de cualquier *mujahidin* (guerrero), es decir, sea cual sea el adversario que por esa causa también tenga enfrente. De *Afganistán*, donde se dispusieron campos de entrenamiento, esa guerra se trasladó a otros conflictos regionales (*Chechenia, Cachemira, Malasia o Palestina*, por ejemplo) en los que de una u otra forma siempre está implicado cualquier musulmán, y de ahí, al no requerir su doctrina de lucha que para ello se forme un ejército regular en un mundo cuya interrelación es global, está fuera de toda duda su peligrosidad. Una peligrosidad terrorista ya demostrada y, de hecho, no sólo potencial.

XIV.2.5.Países principales afectados por Al Qaeda

Está demostrado que ha colaborado con organizaciones terroristas asentadas desde *Marruecos* a *Filipinas*, pasando por *Chechenia* o *Xinjiang*.

XIV.2.6.Los atentados de Boston, de Charlie Hebdó y de la Sala Bataclán en París el 13N-15

El 15 de Abril del 2013 es otra fecha fatídica, junto a otras quizá menos famosas¹⁰², porque con el propósito de sembrar la muerte y el caos (de forma

¹⁰² Fechas de ataques terroristas célebres en EE.UU antes del 11-S fueron: En Febrero de 1993 *Al Qaeda* perpetró el primer atentado contra las Torres gemelas asesinando a seis personas e hiriendo a un millar; en Abril de 1995 el terrorista *Ted Kaczynski*, llamado *Unabomber* y que cumple cadena perpetua, causaría uno de sus dieciséis ataques en una década. Mató a tres personas e hirió a más de veinte; también en ese mes y año un ultraderechista, *Timothy MacVeigh*, mató a 168 personas en un edificio federal de *Oklahoma*, hecho por el que sería ejecutado en el año 2001;

masiva e indiscriminada) dos bombas estallaron durante el maratón de *Boston* ocasionando tres muertos y un centenar de heridos, lo que llevó a que las autoridades locales tomaran medidas extraordinarias de seguridad en varias ciudades estadounidenses. Aunque no había amenaza ni pistas previas de su autoría, gracias a las cámaras instaladas en el lugar de los hechos así como la necesaria colaboración¹⁰³ ciudadana para su identificación, finalmente se logró saber quiénes fueron los culpables: los hermanos chechenos *Tamerlan* y *Dzhokhar Tsarnaev*.

En cuanto al **atentado contra *Charlie Hebdo***, semanario satírico francés, fue un tiroteo llevado a cabo en la ciudad de *París* el 7 de enero de 2015, cuando dos hombres enmascarados y armados con rifles de asalto y otras armas entraron en las oficinas de dicho semanario. Ellos dispararon hasta 50 tiros, matando a 12 personas e hiriendo a otros 11 y gritando «*Al-lahu-àkbar*» ('Alá es [el] más grande') durante el ataque. También mataron a un oficial de la Policía Nacional de *Francia* poco después. Los asaltantes se identificaron como pertenecientes a la rama de *Al Qaeda* en *Yemen*, que asumió la responsabilidad por el ataque. Otras cinco personas murieron y otras once resultaron heridas en tiroteos relacionados que siguieron en la región de la Isla de *Francia*. *Francia* elevó *Vigipirate* (su alerta de terrorismo) a su nivel más alto y desplegó a soldados en Isla de Francia y Picardía. Una cacería humana condujo al descubrimiento de los sospechosos, *los hermanos Saïd y Chérif Kouachi*, que intercambiaron fuego con la policía el 9 de enero. Los hermanos tomaron a rehenes en una empresa de señalización de *Dammartin-en-Goële* y fueron abatidos cuando salieron disparando desde el edificio.

Finalmente, ese mismo año, pero concretamente el día 17 de Noviembre, tendrían lugar **los atentados de la Sala Bataclán en París**, escenario del peor ataque terrorista de la historia de *Francia*, cuando las ráfagas de balas de tres

en julio de 1996, con ocasión de los juegos olímpicos de *Atlanta*, un terrorista antiabortista mató a una persona poniendo una bomba en el estadio, hiriendo a más de cien personas. Asimismo, después del 11-S, podemos citar Julio de 2006 la fecha en que un estadounidense de origen pakistaní mató de un disparo a una mujer en la federación judía de *Seattle* en el Estado de *Washington*, la muerte a tiros de un guarda por un supremacista blanco en Junio de 2009 en el museo del memorial del holocausto en *Washington*, la muerte a tiros en Noviembre de 2009 de 13 personas por un psiquiatra militar (*Nidal Malik Hassan*) en un cuartel de *Fort Hood (Tejas)*, y en agosto de 2012 otro supremacista blanco la emprendió a tiros en un templo *Sij* en *Oak Creek (Wisconsin)* matando a seis personas y suicidándose allí mismo.

¹⁰³ Puede verse al respecto, por ejemplo, *El País*, 19 de abril de 2013, p. 6 (Internacional) y *El Mundo* de 26 de abril del 2013, p.28 (Mundo). Allí se cuenta cómo la Agencia Federal de Investigación (FBI), tras hacer públicas fotografías y vídeo, y después de advertir expresamente que por su peligrosidad nadie debía intentar detenerlos por su propia cuenta y riesgo, excepto las fuerzas del orden, apeló a dicha colaboración ciudadana después de haberles llevado su identificación más de dos días, de forma que los dos jóvenes fueron capturados por las cámaras andando uno delante de otro cerca de la línea de meta del maratón poco antes de que estallaran las dos bombas artesanales. Según el taxista *chino* que en la fuga de los terroristas fue secuestrado pretendían atacar en *Nueva York* volando el *Times Square*.

terroristas silenciaron los acordes del rock californiano de *Eagles of Death Metal*. Su importancia radica en que *Hollande* declaró solemnemente “la guerra contra el *Dáesh*” anunciando que *Francia* intensificaría sus bombardeos en *Siria* e *Irak*, al tiempo que presentaría una Resolución ante el Consejo de seguridad de Naciones Unidas donde insta “a tomar todas las medidas necesarias” para combatir a los yihadistas, medida que legalizaría el uso de la fuerza contra los terroristas del “Estado-Islámico” (*de Iraq y el Levante*).

Respecto a este último, notoriamente conocido como Estado islámico de Iraq y el Levante (en adelante ISIS o DAESH), y al que desde marzo de 2015 *Boko Haram* –localizado al noroeste de Nigeria- está en él integrado, se trata de un acaudalado grupo terrorista yihadista e insurgente que se autoproclama califato. Organizándose como un Estado –no reconocido- controla *de facto* varias ciudades en *Siria* e *Irak*, así *Mosul*, *Faluya* o *Al Raqa*. Próxima a *Al Qaeda* surgió para hacer frente a la invasión de *Irak* (2003), siendo dirigida en un principio por *Abu Musab Al Zarquawi* y después por *Bakar Al-Baghdadi*. Se caracteriza por su brutal violencia tanto con los que considera falsos musulmanes como los que de hecho no lo son y sobre todo porque no sólo actúa en su territorio en guerra abierta sino en cualquier lugar (matanza de *San Bernardino*, Los Ángeles) mediante atentados. Ha mostrado muchos vídeos de ejecuciones prisioneros, entre los que destaca el del piloto jordano *Muadh al Kasasbeh* por ser quemado vivo dentro de una jaula o la decapitación de un fotoperiodista estadounidense en represalia a los ataques aéreos conducidos por *EE.UU*, ataques a los que se han sumado a finales del 2015 *Francia* y *Reino Unido*, además de los que estaban teniendo lugar por *Rusia* en apoyo del régimen oficial sirio y por el derribo del vuelo 9268 de *Kogalymavia*, un avión comercial ruso que sobrevolaba la península del *Sinaí* el 31 de octubre del 2015, resultando muertas 224 personas.

XV. TERRORISMO DE ESTADO Y DELINCUENCIA ORGANIZADA

La doctrina internacionalista lo ha denominado de distintas formas¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Como se comprueba por **ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.** (2010) *Lecciones de relaciones Internacionales*, Colección relaciones Internacionales nº 1. Madrid: Aebius. p.207, **THORNTON** llegó a distinguir el “terror de coacción” y el “terror de agitación”, asimismo equivalentes al llamado “régimen de terror” y “asedio de terror” de **MAY**, respectivamente, ambos para diferenciar el terrorismo “de arriba” o de Estado, y el “de abajo” según la terminología de **LAQUEUR**. En suma: llámese como se llame, ese terrorismo “de arriba”, “régimen de terror”, o “terror de coacción”, es el terrorismo (más grave) “de Estado” y que aquí tratamos.

XV.1 Origen y sucintos ejemplos históricos

XV.1.1 Los jacobinos

Por **LACQUEUR**¹⁰⁵ sabemos que terrorismo es una palabra que terminológicamente tiene su origen en el período de terror jacobino liderado por *Robespierre* durante la Revolución Francesa y que describía una conducta realizada por los propios dirigentes de un país: gobernar mediante el terror¹⁰⁶.

XV.1.2. Tipos de terrorismo gubernamental

En la actualidad no es inimaginable que la Organización terrorista esté constituida por un Gobierno determinado y en este sentido, siguiendo a **GONZÁLEZ CUSSAC**¹⁰⁷, distingue tres casos: el de las extralimitaciones de los poderes públicos en la lucha contra el terrorismo, el de los Estados totalitarios donde “*la aniquilación del enemigo*” está más o menos formalizada en su Legislación, y el de la violencia ejercida por grupos “*paramilitares*” o por los propios cuerpos de seguridad, pero al margen de la Ley, aunque con una absoluta o imparcial impunidad.

Ejemplos que se pueden poner:

A) El caso de *la Alemania nazi o la limpieza étnica realizada en Ruanda* son claros ejemplos de “**genocidio**” que, así como el de las dictaduras chilena y argentina¹⁰⁸ lo son de “**crímenes de lesa humanidad**”, no constituyen delito de “terrorismo propiamente” dicho desde el punto de vista jurídico -aunque sí se puedan ejecutar con actos no menos graves de terror-, teniendo en cuenta que, como dice la STS 1 de Octubre de 2007 (Ponente *Colmenero Menéndez de Luarca*), “*la diferencia esencial entre los crímenes contra la Humanidad y el delito de genocidio es la limitación de los grupos perseguidos y especialmente la exigencia de la intención o propósito de destruir al grupo parcial o totalmente, que es elemento del segundo de ellos*”, con el plus de injusto propio aquí respecto al terrorismo de que tanto el de lesa humanidad como en el de genocidio hay un

¹⁰⁵ **LACQUEUR, W.** (2003). Ob. Cit...“*Una Historia del Terrorismo*”, p.36.

¹⁰⁶ El significado de la voz terrorismo quedó consignado en el suplemento de 1798 del Diccionario de la Academia Francesa como *systeme, régime de la terreur*. Según un diccionario francés publicado en 1796, los jacobinos habían utilizado ocasionalmente el término al hablar y escribir sobre sí mismos y en un sentido positivo. Por la historia sabemos que hubo dos etapas, la del primer terror o Gran Miedo y la del Gran Terror. Si en cuanto a sus rasgos generales (en la primera) aparecieron por primera vez en los ejércitos la figura del comisario político, junto con el nacimiento de los partidos políticos como tales, y la ley de sospechosos; en la segunda etapa destaca el *Decreto Prairial* del año II o de centralización de la justicia revolucionaria en *París*.

¹⁰⁷ **GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.** (2006). *El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*. En GÓMEZ COLOMER, J. L / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Valencia. pp..75-76.

¹⁰⁸ El caso de *la Operación Cóndor y los vuelos de la muerte*. Puede verse al respecto **FERREIRA NAVARRO, M.** (2014). *Operación Cóndor: Antecedentes, Formación y Acciones*. Ab Initio, Núm.9, pp.153-179, disponible en www.ab-initio.es y **PEROSINO, M^a** (2011). *Tanatopolítica. Una aproximación a la administración de la muerte; De Foucault a Agamben*. En Revista de Observaciones Filosóficas nº 12/2011. Vid Anexo I.

elemento común de “*prevalimiento de poder*”, por lo que no sólo cuantitativa sino que cualitativamente, en su caso, se trata de delitos todos ellos distintos.

En estos casos citados hay un Estado totalitario, pero también cabe que un Estado democrático se extralimite en la lucha contra el terrorismo. Fue *el caso*, por ejemplo, *de la guerra sucia que el régimen de De Gaulle emprendió contra el movimiento independentista argelino* antes de verse forzado a conceder la independencia de la ex colonia: *Paul Aussaresses*¹⁰⁹, bajo las órdenes del General *Jacques Massu* e integrado en la décima división de paracaidistas que dicho General mandaba, se encargó de reprimir brutalmente las actividades de terroristas del Frente de Liberación Nacional argelino en la Batalla de *Argel*.

Casos más modernos donde aquí podrían encajar están el de la *neonazi Nschäpe*¹¹⁰ (cómplice en los asesinatos y en la preparación de los explosivos que, en 2004, dejaron estupefacta a la sociedad teutona por el terror causado en un barrio habitado por inmigrantes en *Colonia*).

B) Hay más casos parecidos al anterior ya cometidos por las fuerzas propias de seguridad y no estrictamente de carácter militar, incluso a veces en el propio territorio estatal. El caso, ya tratado, de Grupos Antiterroristas de Liberación, o también el de *Israel* contra la Organización palestina *Septiembre Negro* creado tras los famosos atentados de las Olimpiadas de *Múnich* (1972), o también el del GAL (SAN 20 de septiembre del 2001 –*Ponente Lobejón Martínez*- y STS 20 de Julio del 2001 –*Ponente Giménez García*-) en *España*, es el “terrorismo de Estado” (o de arriba) de los que más rechazo ha provocado dentro y fuera de nuestras fronteras, significándose que la estructura penal para su castigo es cualitativamente distinta de la del terrorismo “subversivo” (o de abajo): mientras este último ataca los mecanismos de una toma “legítima” de decisiones de un Estado, *que pensamos*¹¹¹ *que no tiene por qué ser sólo el “democrático”, por su*

¹⁰⁹ Puede verse al respecto el artículo “*la guerra de Argelia en el Glosario de la Historia de las Relaciones internacionales durante el siglo XX*”, de la Revista Historias siglo20.org, en el apartado de Guerra Fría. Vid. también El Mundo de 12 de Diciembre de 2013, p.20, Sección “Obituarios”. Tras numerosos atentados perpetrados por los independentistas, el gobernador civil de la colonia decidió delegar todos los poderes en *Massu*, quien instauró *la Ley Marcial* y confió a *Aussaresses* el mando de “*la guerra sucia*” (detenciones ilegales, torturas, ejecuciones arbitrarias, desaparecidos,...). Más que un soldado de primera línea de combate, fue un experto de la lucha encubierta y un eficaz represor, cuyos métodos enseñó durante los años sesenta en los EE.UU aleccionando a los boinas verdes sobre técnicas de contra-insurrección que más tarde aplicarían en *Vietnam*. En plena dictadura brasileña de *Emilio Garrastazu* este maestro de la represión fue nombrado profesor en el Centro de Formación de la guerra en la Selva de *Manaos* y allí tuvo, entre otros alumnos, a numerosos miembros de la policía Política del tirano *Pinochet*.

¹¹⁰ Vid. Anexo I.

¹¹¹ A diferencia de **LLOBET ANGLÍ, M** (2010). *Derecho Penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 1ª Ed, p.115. Asimismo, y a mayor abundamiento, si el atacado fuera no un Estado sino una organización estatal no democrática, así la ONU, donde no todos sus miembros son democráticos (*China*, por ejemplo), ni

parte el terrorismo de Estado no respeta los mecanismos de ejecución “legítimos” del *ius puniendi*, es decir, se toma la justicia por la propia mano (lo primero sustituye al poder constituyente y legislativo, lo segundo, al poder judicial), de forma que si la corrupción en tal sentido lo fuera a gran escala tales acciones, *de lege lata*, debieran subsumirse en los delitos de lesa humanidad, siempre que concurren los requisitos de ataque sistemático o generalizado contra la población, apreciándose, además, y en su caso, la agravante de “*prevalimiento del carácter público*” del sujeto activo; y, caso de no darse aquellos requisitos, en el delito común correspondiente también con dicha agravante.

Podríamos comentar otros casos, como por ejemplo *el caso de Ríos Montt en Guatemala*¹¹² (José Efraín Ríos Montt fue el hombre que gobernó este país centroamericano con mano de hierro entre el 23 de Marzo de 1982 y el 9 de agosto de 1983 -“*quinquenio negro*”). Las guerrillas guatemaltecas asumieron la estrategia que habían seguido las fuerzas de *Ho Chi Minh* en *Vietnam*, esto es, la ocupación de poblaciones aisladas y el adoctrinamiento de los jóvenes para la formación de nuevos cuadros guerrilleros. El Estado tenía entonces poca presencia en el llamado “*triángulo ixil*”, y la labor de la captación de las guerrillas contó con poca oposición. En el conflicto guatemalteco -donde también se combatía con las Patrullas de Autodefensa Civil (armadas por el Ejército) a las guerrillas de inspiración marxista- se estima que murieron entre ciento cincuenta mil y doscientas mil personas (siendo el ochenta y tres por ciento de sus víctimas indígenas que no murieron en combate). Otro caso podría constituirlo *el Caso Faisán*¹¹³ en España (presunto “chivatazo” policial por las detenciones que en 2006 se pretendían llevar a cabo de miembros de ETA y su aparato de extorsión, cuyo presunto responsable era el dueño del bar Faisán, *Joseba Elosua*, frustrando así dicha operación).

C) Por último, cabe otro supuesto doble de su igual manifestación, según sea decisoria o coadyuvante, y que de por sí tiene un elemento internacional: el de que un Gobierno de un Estado no ya constituya el propio grupo armado (*Hamás* en Palestina cuando ganó las elecciones en 2006) para coaccionar a los dirigentes

lo es su régimen como tal (derecho de veto por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad), no por ello dejaríamos de calificarlo como terrorismo (a diferencia de LLOBET, quien lo calificaría –*Ibidem*, pp.121-122- como un crimen de lesa humanidad).

¹¹² Vid. *Genocidio en Guatemala: Ríos Montt culpable*. En la Revista de la Federación Internacional de Derechos Humanos -FIDH-, y **JIMENA REYES** (2012). *La réactivation des procédures judiciaires en Amérique latine* Responsable de la Oficina de las Américas de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), en “*Amérique latine: De la violence politique à la défense des droits de l’Homme*”, publicado por *Sophie Daviaud*, L’Harmattan, París, p.258. También a **BURT, Jo-Marie**, (2013). *Ríos Montt convicted of Genocide and Crimes Against Humanity: The Sentence and its Aftermath*, “*The Trial of José Efraín Ríos Montt and José Mauricio Rodríguez Sánchez*”, 13 de mayo de 2013 –ver <http://www.riosmontt-trial.org/2013/05/rios-montt-convicted-of-genocide-and-crimes-against-humanity-the-sentence-and-its-aftermath/>). Vid Anexo I.

¹¹³ Vid Anexo I.

de otros países mediante la violencia dirigida contra su población, siendo “Estados terroristas” propiamente dichos como tales, sino que preste algún tipo de asistencia material y/o logística a grupos armados ya existentes (en otro país) por razones de afinidad ideológica o mera oportunidad geopolítica (EE.UU en su día a la contra nicaragüense, *Afganistán* a *Al Qaeda*, *Libia* en el caso *Lockerbie* de 1988, etc.) y que, en el ámbito internacional, donde tiene mayor explicitud, se conoce como el de los “*Estados sponsor*” (**GUILLAUME, G.** 1989, p.297).

Casos más modernos y discutibles donde también podrían tener cabida en esta clasificación, según nuestro particular juicio, son *el caso de las tribus urbanas de “los maras” y los “latin King”* (organizaciones surgidas en El Salvador y Honduras dedicadas a dar seguridad en sus barrios al mismo tiempo que no han dejado de ocuparse también del control de las rutas del narcotráfico de su país, es decir, llegándose a especializar en *narcotráfico, secuestro, sicariato y extorsiones*)¹¹⁴, o el de *los caballeros templarios* desde Febrero del 2012 en Tierra caliente de *Michoacán –México-* (y que, ante la falta de una contestación estatal, ha obligado a su vez a la creación de los llamados “*grupos de autodefensa*”¹¹⁵, es decir, unos grupos de reacción armada compuestos por la propia población afectada).

En suma: frente a ese terrorismo “*de arriba*”, pues, el más conocido es el terrorismo “*de abajo*”, es decir, el que responde al pronóstico de la clandestinidad del débil (en el sentido de que *quien lo protagoniza es porque si emprendiera una guerra se sabe derrotado de antemano*).

XV.2. Definición

Fue **QUINTANO RIPOLLÉS** en los cincuenta, en palabras que han quedado inmortalizadas en el FJ 6º del Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1998, quien lo definió¹¹⁶.

¹¹⁴ Vid. **BOTELLO, S y MOYA Á.** (2005), *Reyes latinos*, Editorial: Temas de Hoy, **CERBINO, M.** (2004). *Pandillas juveniles, cultura y conflicto de la Calle*, Editorial: El Conejo/Abya yala, y artículo “*El fenómeno pandillero*” de la revista *El Monitor*, núm.11 de Noviembre de 2005. Boletín de Vigilancia Tecnológica. Recuperado de [www.uned.es/dpto_pen/delinuencia-juv/.../fenomeno_pandillero.pdf]. Vid Anexo I.

¹¹⁵ Vid. **RIVERA VELÁZQUEZ, J.** (2014). *Crimen organizado y autodefensa en México: el caso de Michoacán*. En Revista del programa de Cooperación en seguridad Regional-Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). Perspectivas 6/2014, donde el citado autor figura como politólogo, profesor-investigador de la universidad Michoacana y director de la empresa encuestadores Indes. Vid Anexo I.

¹¹⁶ “*Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del “terrorismo de arriba”, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho Penal Interno, aunque pueda importar al Internacional Penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los Genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo”.*

Sin embargo, no contempla su relación *posible* con la delincuencia organizada¹¹⁷. Si lo hacemos se observa que la economía globalizada de hoy favorece el anonimato y la extraterritorialidad en lo que a ese crimen se refiere, aquel cuyo mejor caldo de cultivo está en los conflictos armados y la proliferación de armamentos. Por tanto, la economía y los mercados sustituyen las tradicionales estructuras de poder, penetrando, en diverso grado en las instituciones asegurándose así cierto control y convirtiéndose en un grave problema de gobernabilidad cuya lucha contra tal amenaza es *transversal y comprehensiva*.

XVI. LOS CASOS DE ACTUALIDAD Y, ALGUNOS, DISCUTIBLES

XVI.1. La política y la mafia italiana

XVI.1.1. Origen geográfico

La Mafia se trata de un fenómeno que pudiera tener un origen italiano, pero cada vez está ya más internacionalizado. También se habla de “mafia china”. Su internacionalidad se demuestra en *España* con las detenciones de miembros de la camorra, así el clan de “*los Polverino*”¹¹⁸.

XVI.1.2. Concepto y diferencia con el terrorismo

Debe ser considerada como *una criminalidad organizada que busca infiltrarse cada vez más en los ganglios de la economía, del poder, de la Administración, de las profesiones, del sistema financiero y productivo*. Lo hace a través de acuerdos subterráneos y se infiltra en los negocios que constituyen su verdadero poder, toda vez que no hay que olvidar aquí un dato, estrictamente hablando y para diferenciarlo del terrorismo, pero a veces conectado con él, y es que la Mafia tiene como principal fin el beneficio lucrativo. En este sentido, tal como propone¹¹⁹ el

¹¹⁷ Téngase presente que es a partir del año 1994, desde la celebración en *Nápoles* de la *Conferencia Mundial sobre Delincuencia Organizada Transnacional bajo los auspicios de la ONU*, cuando se desarrolló la concienciación sobre esta materia vertebrando un entorno legal propio para luchar contra ella desde diversos ámbitos: *corrupción, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de su tráfico ilícito*. De hecho, en *España* destaca la **mafia colombiana** por centrarse en el tráfico de cocaína, la **mafia rusa** en el tráfico de drogas, de armas y en el blanqueo de dinero, la **mafia o tríadas chinas** en el tráfico de seres humanos y drogas (heroína), ajustes de cuentas por encargo, contrabando, extorsión a empresarios chinos, salas de fiesta, redes de prostitución y lavado de dinero, los **grupos marroquíes** en el tráfico de hachís, la **mafia albanó-kosovar** en robo con alto grado de violencia en viviendas, comercios y polígonos comerciales, y, por último, **la red nigeriana** en el tráfico de seres humanos (prostitución con vudú y magia negra).

¹¹⁸ Vid. El Mundo de 06 de junio del 2013, p.18.: “*Los Polverino, un clan muy solvente*”. La trama tenía tres células encargadas de invertir en bienes inmuebles a lo largo de la costa mediterránea. Llevaba actuando en *España* desde 2006, cuando su gran capo, *Giusseppe Polverino O Barone* se instaló en *Tarragona*.

¹¹⁹ Véase su entrevista por El País del domingo 16 de Junio del 2003, p.12, Sección Internacional. Además: **MONTAÑO, E** (2005). *Estrategia de cooperación para contrarrestar la violencia política del terrorismo y del crimen organizado*, La Paz, Bolivia y **CASELLI, G.C** (2005). *Los instrumentos internacionales en la lucha contra el crimen organizado*, en Cámara de Landa, E.

presidente del Senado italiano y ex fiscal nacional de la mafia, *Pietro Grasso*, puede que la solución venga por golpearla en el bolsillo. Comoquiera que ese beneficio lo pretende alcanzar de cualquier modo también interfiere -si es preciso- en el ánimo de la política en general y del poder en particular. Lo hace creando una competencia desleal y distorsionando el mercado con afán de monopolizarlo. Se trata hoy por hoy de un fenómeno nacional e internacional que no tiene ideología sino que busca una relación con el poder¹²⁰.

XVI.1.3. Su giro terrorista: el caso Andreotti

El caso Andreotti es el mejor exponente de esas consecuencias políticas del giro terrorista que dio la Mafia en los años ochenta. En 1989 el mayor enemigo de “*la Cosa Nostra*”, el heroico juez *Giovanni Falcone*, llegó al Ministerio de Justicia, en el que creó los organismos de investigación que todavía hoy dirigen la lucha contra el crimen organizado en Italia. En 1992, “*la Cosa Nostra*” reaccionó ante esa amenaza: *Salvo Lima*, el lugarteniente de *Andreotti* en *Sicilia*, murió tiroteado en *Palermo*. Por tanto, cuando se habla sobre la relación entre la Mafia y la política en la historia de Italia la Mafia no sólo no ha sido anatema para las instituciones del Estado, sino, en muchas ocasiones, *un grupo de presión más con el que había que contar.* *Andreotti* no fue condenado por los plazos de prescripción de los delitos y su ruptura en 1980 hizo que tuviera efecto esa prescripción, de forma que los Tribunales le consideraron culpable, pero no pudieron castigarle¹²¹.

XVI.1.4. Juicio del siglo

En la actualidad¹²² se está juzgando tal pulso, es decir, se está llevando a cabo en *Palermo* el llamado “juicio del siglo”, proceso que si bien arrancó el día 27 de Mayo del 2013 ha exigido años de investigaciones y lo insólito del mismo no es sólo que el Estado italiano juzgue al propio Estado italiano, sino que en el banquillo

y Morabito, S (coord.): Mafia, Ndrangheta, camorra: en los entresijos del poder paralelo, Valladolid, Secretariado de publicaciones e Intercambio Editorial.

¹²⁰ Tradicionalmente la Mafia siciliana se había mostrado muy reacia a matar a personajes públicos. Prefería infiltrarse en las estructuras del Estado, no atacarlo. En esos “años de plomo” la anterior confrontación política entre demócratas cristianos y el partido comunista italiano terminó con un “*compromiso histórico*” que auspiciaba una colaboración de la democracia cristiana de *Aldo Moro* con el partido socialista, logro que parcialmente se consiguió gracias al apoyo externo del partido comunista italiano al gobierno democristiano de *Giulio Andreotti* y que acabó con el asesinato de *Aldo Moro*. Y es que en los albores de los ochenta, enriquecida por la droga y furiosa por la mínima resistencia del Estado, la organización empezó a matar. Con la adopción de esas tácticas terroristas, “*la Cosa Nostra*” terminaría por perder a la mayoría de sus valiosos protectores políticos y por quedarse al descubierto ante los ataques de una magistratura revivida. De hecho, la segunda acusación contra *Andreotti* tiene que ver con el asesinato, en 1979, del periodista *Mino Pecorelli*, que llevaba tiempo publicando inquietantes informaciones sobre la financiación oculta de la democracia cristiana. Absuelto en primera instancia, condenado en apelación, el Tribunal Supremo italiano confirmó el primer juicio por falta de pruebas. Lo único por lo que *Andreotti* fue condenado fue por difamar a un magistrado.

¹²¹ Vid Anexo I.

¹²² Vid Anexo I.

de los acusados hay importantes representantes de la Administración italiana junto a quienes deberían ser sus enemigos: los capos¹²³ de “*la Cosa Nostra*”.

Lo que se juzga es que, tras la campaña de violencia mafiosa de los 90, el Estado italiano hubiera negociado un acuerdo con “*la Cosa Nostra*” por suavizar las condiciones carcelarias de los mafiosos a cambio de que pusieran fin a sus sangrientos ataques, de forma que entre los representantes del Estado imputados por ello estarían *Nicola Mancino* (Ex Ministro del Interior), un senador (*Marcello Dell’Utri*) y tres representantes del cuerpo especial de *los carabinieri*, todos ellos ocupando cargos en un contexto donde, por ejemplo, el juez antimafia de 1992, *Paolo Borsellino*, pudiera haber sido abatido por constituir un obstáculo en las negociaciones entre el Estado italiano y la mafia según dos¹²⁴ ex mafiosos reconvertidos en colaboradores de la justicia. Los procesos sobre la mafia son lentos y en *Italia* juzgar este fenómeno ha supuesto una revolución en el sistema de ataque a la criminalidad organizada en cuanto que está conectada con otras realidades sociales, económicas, políticas y de otro tipo, de tal suerte que si se examina el fenómeno criminal de forma aislada es difícil que la Mafia se pueda llegar a comprender como tal fenómeno no exclusivamente italiano.

XVI.1.5. Su perniciosidad

Debe de pensarse que más de cincuenta Estados en el mundo, según estudios¹²⁵ de la CIA, están influidos por sus mafias criminales, sobre todo por las que se dedican al tráfico de estupefacientes, que disponen de un poder económico notable para comprar voluntades.

XVI.2. Chile y “los mapuches”

XVI.2.1. Etnia objeto de Informes de Derechos Humanos

Ben Emmerson, relator especial para la ONU de Derechos Humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, aseguró¹²⁶ a finales de julio del 2013 que “*Chile no está enfrentando* (con respecto a los mapuches) *ninguna amenaza terrorista*”. En el marco de sus reivindicaciones (territoriales) la

¹²³ Su gran capo, el feroz *Toto Riina*, o *Leoluca Bagarella*, *Antonio Cina Giovanni Brusca* y *Massimo Ciancimino*.

¹²⁴ *Gaspere Spatuzza* y *Giovanni Brusca*. Véase el periódico *El Mundo* del 28 de Mayo del 2013, p.13, sección Mundo, sobre el histórico macro proceso y escándalo político con la información titulada “*El Estado italiano en el banquillo de los acusados*”, así como el reportaje de Domingo del periódico *El País*, de 2 de Junio de 2013, “*Cuando el Estado se vendió a la mafia*”, donde con la foto del cadáver de *Salvo Lima* en la calle y con el título de “*El pacto que apaciguó al diablo*” relata los cargos y detalles de todos los acusados del Estado y de la Mafia para afirmar que, al contrario que en “*la Cosa Nostra*”, donde hay decenas de arrepentidos, aún no hay ningún arrepentido entre las filas del Estado. Ningún político, militar o policía de la época ha decidido romper el pacto de silencio y contar la verdad de la negociación.

¹²⁵ Vid. *El País* del 16 de Junio del 2003, Sección Internacional, p. 12.

¹²⁶ Así consta en la información de *El País* de 1 de agosto de 2013, Sección Internacional, p.6.: “*La lucha de los mapuches gana peso*”.

mayor etnia chilena, en el sur del país, podría a tenor de tales palabras dejar de ser sujeto de aplicación de la actual Ley Antiterrorista reformada¹²⁷ de ese país para que se utilizasen las leyes comunes en la decena de casos en curso contra ochenta y cinco indígenas en 2014. En las observaciones preliminares de su trabajo el relator manifiesta que aquella ley se ha aplicado de modo discriminatorio y confuso, lo que ha resultado en verdadera injusticia, ha menoscabado el derecho a un juicio justo y se ha percibido como estigmatizante. *A su juicio la legislación se ha convertido en parte del problema y no de la solución* por su aplicación desproporcionada contra los detenidos mapuches y se ha implementado sin una política coherente y objetiva¹²⁸.

XVI.2.2. El caso de Matías Catrileo

El agente no fue dado de baja de inmediato de la institución luego de ser identificado¹²⁹.

XVI.3. Turquía y los Kurdos

Anotamos algunas de las fuentes escritas más contemporáneas de sus noticias¹³⁰.

¹²⁷ Vid Anexo I. Como dice **VILLEGAS DÍAZ, M.** (2007). *El mapuche como enemigo en el Dº (Penal); consideraciones desde la biopolítica y el Derecho Penal del enemigo*, Instituto de Derecho Penal europeo e internacional. Universidad de Castilla la Mancha, p.19 *cuasi in fine*: los Tribunales militares "se encargan de conocer todo cuanto sucede en los allanamientos, puesto que la justicia ordinaria suele declararse incompetente para conocer de hechos delictivos emanados del uso excesivo de la fuerza policial". Normalmente resultan absueltos y las causas sobreeseadas.

¹²⁸ Dictada en 1984 durante la dictadura de *Pinochet* para enfrentar a grupos de resistencia, la Ley Antiterrorista castiga con penas mucho más severas con respecto a la legislación ordinaria casos de homicidios, secuestros, incendios y detonaciones de artefactos explosivos. En la práctica, entre otras desventajas procesales, la norma implica la utilización de testigos sin rostro en los juicios y, previo a estos, permite períodos más extensos de prisión preventiva. Después del retorno a la democracia en 1990, la ley se ha aplicado sobre todo en casos contra activistas mapuches. En todo Chile son un millón y medio, poco más del diez por ciento de la población total del país. Vid. **BENGOA, J.** (2000). *Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX*. Santiago de Chile: Lora Ediciones, **VILLEGAS DÍAZ, M.** (2002). *Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a la legislación de Chile y España*, 2 Volúmenes. Tesis Doctoral, Área de Dº Público. Universidad de salamanca. España. Enero 2002. Disponible en [www.cybertesis.cl].y **VILLEGAS DÍAZ, M.** (2014). *El mapuche como enemigo en el Dº (Penal); consideraciones desde la biopolítica y el Derecho Penal del enemigo*, Instituto de Derecho Penal europeo e internacional. Universidad de Castilla la Mancha.

¹²⁹ En 2009 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU ya había instado al Estado Chileno a no aplicar la polémica ley contra mapuches y tras la visita del secretario relator *Ben Emmerson a Chile* pidió el reconocimiento constitucional para ese pueblo indígena y minoría étnica, así como terminar con el uso excesivo por parte de la policía en los allanamientos a las comunidades e hizo hincapié en la impunidad de la violencia contra los indígenas, destacando *el caso de Matías Catrileo* (un activista mapuche muerto en 2008 a causa del disparo de un carabiniere). El agente no fue dado de baja de inmediato de la institución luego de ser identificado.

¹³⁰ Vid. El País de 22 de enero de 2014, Sección Internacional, p.13.: "*Sombras de guerra sucia contra el PKK*", así como **FERNÁNDEZ BERMEJO, L.** (2015). *Nuevos retos y oportunidades para los kurdos en Turquía*. Universidad Complutense de Madrid. UNISCI DISCUSSION PAPERS, y **CHISLETT, W.** (2014). *La adhesión de Turquía a la UE: el momento de la verdad*. Documento de trabajo 14/2004, Madrid: Real Instituto Elcano.

XVI.3.1. Un conflicto de hace treinta años

Una grabación en *You Tube* y un supuesto documento secreto filtrado a la prensa turca han aumentado el misterio que rodea un crimen cometido en *París* el año 2013 pero que apuntaba al corazón del conflicto kurdo, que desangra Turquía desde hace treinta años. Las nuevas revelaciones apuntan a que tras el asesinato de tres activistas del *Partido de los Trabajadores del Kurdistán* (PKK) estaba la Organización Nacional de Inteligencia (MIT, en turco).

XVI.3.2. Un hecho a investigar propio de guerra sucia: el caso Ömer Güney

En un escenario que mezclaba intriga política y policíaca, *Sabine Cansiz*, de cincuenta y cinco años y una de las fundadoras del PKK; *Fidan Dogan*, de treinta y dos años y directora del centro kurdo de información en *París*, y *Leyla Soleymez*, de veinticuatro años, aparecieron muertas con disparos en la cabeza el 10 de enero del 2013 en la sede de esa asociación en la diáspora kurda en la calle *Lafayette* de la capital francesa¹³¹.

XVI.4. Rusia y los “chacales” opositores

XVI.4.1. Idea obsesiva de control por Putin

Estando en el poder *Vladimir Putin* desde 1999 ha acumulado una larga serie de enemigos con una suerte desigual y que, según algunos analistas¹³², a resultas de la condena en prisión (en julio del 2013) del bloguero opositor *Alexéi Navalí*, su persecución está actualmente insertada en una campaña para “limpiar” el panorama ruso de figuras que, ya sea por su espíritu de independencia, su talla política, su capacidad de denuncia y convocatoria o de organización, puedan representar siquiera un atisbo de amenaza para el sistema que preside *Putin*, un estadista obsesionado por la idea del control (sobre todo tras el ataque de toma de rehenes en *Beslán*, en el *Cáucaso*, por separatistas étnicos).

¹³¹ En ese momento el gobierno turco acababa de abrir conversaciones de paz con *Abdulá Ocalan*, líder histórico del *Partido de los trabajadores del Kurdistán* (PKK) encarcelado desde 1999. Ambas partes buscaban poner fin a un conflicto que, desde 1984, ha causado más de cuarenta mil muertes. El PKK, que denunció la guerra sucia de Turquía, y el gobierno de *Ankara*, que describió el crimen como un ajuste de cuentas, se culparon mutuamente de estar detrás de una ejecución planificada, como definió el suceso el Ministro de interior francés y de origen español *Manuel Valls*. El inmigrante turco de treinta años, militante kurdo arrestado por la policía francesa a los pocos días, *Ömer Güney*, que sigue en prisión desde entonces y pendiente de juicio, siempre ha negado su participación en ese crimen, aunque pesa contra él una grabación de *You Tube* de 12 de enero de 2014 donde se descubre su plan e implicación con dos de sus superiores, presuntamente agentes del MIT y aunque el ministro turco de justicia negase tras su aparición cualquier implicación de esa organización de inteligencia turca. Vid. también **BOERSNER HERRERA, A M.** (2009). “*La violencia política en la Rusia de Putin. ¿Qué ocurrió con los opositores políticos de Vladimir Putin?*”, en *Análisis político*. Vol. 22, nº 67. Bogotá. Sept/Diciembre 2009, y **SPECTER, M.** (2007). *Why are Vladimir Putin’s opponents dying?* *New Yorker*, recuperado de [http://www.michaelspecter.com.my/2007/2007OI_29_Kremlin.html].

¹³² Así en el artículo de *Pilar Bonet* en *El País* de 13 de julio del 2013, Sección Internacional, p.2.: “*La campaña de “limpieza” no se detiene*”.

XVI.4.2. Casos de una campaña de limpieza política

En esa campaña, pues, se insertarían los siguientes casos: El Caso *Mijail Jodorkovski*¹³³, el Caso *Vladimir Gusinski*¹³⁴, el Caso *Boris Berezovski*¹³⁵, el Caso *Anna Politkóvskaya*¹³⁶, el Caso *Serguéi Magnitski*¹³⁷, el Caso (polonio 210) de *Alexander Litvinenko*¹³⁸.

XVI.5. El caso Blackwater y de la Cía

XVI.5.1. Una compañía militar privada (mercenariado)

Blackwater se trata de una compañía militar privada y, por tanto, de mercenarios, cuyo fundador, el norteamericano *Erick Prince*¹³⁹, aseguró¹⁴⁰ (al diario *The Daily Beast* en Marzo del 2013) que su firma de mercenarios llegó a actuar como “una extensión” de la propia Agencia Central de Inteligencia

¹³³ Como magnate del petróleo y bajo el mandato de *Boris Yeltsin* -a mediados de los noventa- se benefició de subastas de privatización al desmantelarse la industria soviética. Se enfrentó en febrero de 2003 en un debate televisado a *Putin* denunciando una presunta corrupción de cargos gubernamentales y en octubre era detenido, llevado preso a *Siberia* y finalmente condenado en diciembre del 2010 por lavado de dinero.

¹³⁴ Como creador del primer canal independiente de la televisión rusa y empresario televisivo de *la Costa del Sol*, en las elecciones del año 2000 no apoyó a *Putin* sino a su contrario. Pasó dos días de cárcel en Moscú, fue amenazado de ser trasladado a una celda con tuberculosis, dejó la política y actualmente vive entre *Israel* y *la Costa del Sol*.

¹³⁵ Como oligarca ruso opositor a *Putin* encontró refugio en *Londres* tras ser acusado en su país de defraudar millonariamente a un gobierno regional y, tras formar parte del “círculo londinense de los exiliados rusos”, el 23 de marzo de 2013 apareció ahorcado en su casa de *Inglaterra*.

¹³⁶ Como periodista era muy crítica con la segunda guerra de *Chechenia* iniciada en el verano de 1999 al dar testimonio allí de violaciones de los derechos humanos y abusos policiales, de forma que por ello sería amenazada en repetidas ocasiones hasta que en octubre del 2006 fue asesinada a tiros en el portal de su casa.

¹³⁷ Como empleado del grupo de inversión *Hermitage Capital Management*, cuyo jefe fue expulsado en 2005 del país al criticar la corrupción en las grandes empresas del país, también se sumó a la denuncia de lo que consideraba una campaña de acoso sobre su organización, de forma que fue arrestado en condiciones abusivas hasta que en 2009 fallecería como consecuencia de las agresiones y su abandono en prisión, pese a que sería incluso declarado culpable *postmortem* de evasión de impuestos.

¹³⁸ Como agente de los servicios de espionaje rusos (FSB, *servicio federal de seguridad de la federación rusa*) en noviembre de 1998 denunció con otros compañeros los intentos del espionaje de intentar asesinar al empresario *Boris Berezovski*. A partir del año 2000 se exilió junto con su familia en *Londres*. El 1 de noviembre del 2006, empezó a experimentar síntomas de intoxicación tras reunirse otro agente ruso. Murió veintidós días después envenenado con polonio 210 y, antes, en un comunicado, responsabilizando de su muerte a *Putin*.

¹³⁹ Un ex miembro de los comandos SEAL (*United States Navy Sea, Air and Land*) del ejército norteamericano que nació en 1963 en *Holland (Michigan)*. Aprovechó la venta de la fortuna familiar para comprar 2.500 hectáreas en *Virginia* y en 1997 creó allí un gigantesco campo de instrucción y entrenamiento para servicios privados de seguridad. En poco tiempo dispuso de efectivos y material: helicópteros, vehículos acorazados y aviones de transporte. Cedió sus instalaciones, además, para formar a personal del ejército. Vid. SAURA ESTAPÁ, J. (2010). *Las empresas militares y de seguridad privada ante el Derecho Internacional de los derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí*. Revista electrónica de estudios internacionales www.reei.org. Nº 19. Vid. POZO SERRANO, P. (2009). *Las compañías de seguridad privada como nuevo actor en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales: actividades y marco jurídico*. En BLANC ALTEMIR, A (Ed.): *El proceso de reforma en las Naciones Unidas*. Madrid: Tecnos, pp.378-379.

¹⁴⁰ Así consta en información del periódico “La Gaceta” de 16 de marzo del 2013, p.18, de la Sección Internacional, a la que se puede sumar la información aportada por el mismo periódico el domingo día 17 de Marzo del 2013, en la Sección Internacional, p.21, con mucho mayor detalle.

Estadounidense (CÍA) en misiones que la agencia no podía cumplir por las restricciones legales con las que trabajaban sus agentes, de forma que incluso oficiales y agentes de la Cía llegarían a participar en misiones clandestinas y encubiertas.

XVI.5.2. Su actuación

Esta empresa de seguridad, que irrumpió en los finales de los años noventa hasta llegar a ser una novedad trascendental, suplía a las Fuerzas armadas estadounidenses en distintos escenarios bélicos, y especialmente en *Iraq*, sobre todo cuando los conflictos se enquistaban por la existencia de células insurgentes saboteadoras de columnas de suministros e instalaciones logísticas para evitar una victoria militar con la que se llegase a la victoria política de su enemigo, al cual así ponían en peligro. Es decir, frente a aquél esta empresa trataba de asegurar rutas comerciales, subestaciones eléctricas, edificios públicos, pozos petrolíferos, mercados de abastos, etc., y ello frente a un enemigo de contornos difusos e imprevisibles, oculto entre la población local, respecto al cual no podía llegar al verdadero enemigo sin provocar recelos en una población local de suyo ya de por sí hostil. Desde 1997 logró contratos de la Administración estadounidense por más de mil seiscientos millones de dólares, pero desde que en el año 2009 llegó la Administración *Obama*, ya en marzo, la Secretario de Estado *Hillary Clinton* anunció un proyecto de ley para prohibir que *Blackwater* operara en *Iraq*. No obstante, ese mismo verano se filtró que la CIA la había contratado para un programa secreto de asesinatos. En diciembre se dio un paso más porque el *New York Times* añadía que sus mercenarios habían participado en detenciones extrajudiciales y en innumerables misiones nocturnas de asalto, pero no en nombre propio, sino bajo mando directo de la CIA y del propio Pentágono, ello en virtud de la orden firmada por el administrador americano en *Iraq*, *Paul Bremmer*, que exoneraba a *Blackwater* de observar las leyes locales.

XVI.6. Las detenciones de iraquíes por españoles en Iraq

XVI.6.1. La polémica política española previa

La participación de *España* en la guerra de *Iraq* en el año 2003, a diferencia de la de *Bosnia* o *Afganistán*, tuvo el reproche político y social de que se hizo sin el aval de la ONU y con la oposición de la opinión pública española porque llevó a los militares españoles a colaborar con las fuerzas británicas y estadounidenses de ocupación. Ante el vacío de poder dejado por la disolución del Estado iraquí y del partido *Baaz de Sadam Husein*, la llamada Autoridad Provisional de la Coalición (CPA), se convirtió en el Gobierno ocupante.

XVI.6.2. La normativa habilitante

En Septiembre del 2003, un mes después de haber llegado allí la Brigada *Plus Ultra*, con un contingente de 1.300 españoles, se distribuyó para las tropas un

documento de la Sección de Inteligencia del Estado Mayor, llamado Procedimiento de detención y actuación con el personal detenido con instrucciones¹⁴¹ todas ellas homologadas a los requerimientos de la normativa internacional en cuanto que, además de incluir un catálogo de los derechos del detenido se advertía también expresamente que *“no podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”* ni de que *“nadie puede ser sometido, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o juicio”*.

XVI.6.3. Procedimiento distinto seguido (según delincuente o insurgente)

En el desarrollo de su cautividad los *detenidos por delitos comunes* eran entregados a la policía local iraquí, a través de la policía militar de los EE.UU, mientras que los *insurgentes detenidos* eran conducidos al Centro de Detención de Brigada de *Base España*. Un Cuerpo de Guardia se encargaba de la vigilancia de la Base, de forma que había un registro de entradas y salidas de detenidos cuyo régimen de vida consistía principalmente en que su alimentación era facilitada por los soldados, quienes a su vez les acompañaban al aseo e impedían la entrada a quien no estuviera autorizado. Según informaciones de prensa¹⁴² se ha criticado que los detenidos compartieran celdas como consecuencia de que algunas de las operaciones llevadas a cabo conllevaban la captura de más de cinco insurgentes, así como que los miembros del cuerpo de guardia citado carecieran de formación para custodiar detenidos. Su cometido, además, lo realizaban en turnos de veinticuatro horas y alternándolo con la escolta de convoyes o las patrullas, *de forma que un soldado que hubiera sido objeto de un ataque podía estar al día siguiente custodiando a su presunto agresor y, por tanto, ser muy grande la tentación de tomarse la justicia por su mano*. Por otro lado, como consecuencia de los avatares de la guerra - entre los que fueron famosos no sólo el balazo mortal en la cabeza de un Comandante de la Guardia Civil (*Gonzalo Pérez*) en Enero del 2004 cuando dirigía una redada de delincuentes comunes, o el multitudinario ataque el 4 de abril del 2004 a la Base, sino antes el asesinato de los siete agentes del CNI que cayeron en una emboscada¹⁴³ el día 29 de noviembre del 2003 entre *Diwaniya y Bagdad*-, en teoría los detenidos debían de

¹⁴¹ Se estipulaba que *“durante y después de la detención se empleara la violencia mínima imprescindible”* y que *“se mantuviera en todo momento el respeto a los derechos del detenido”*, así como que *“cualquier persona puede ser detenida si crees que representa una amenaza contra las fuerzas de la coalición”* o *“si se tiene la sospecha razonable de que se ha cometido un delito”*.

¹⁴² Vid. El País, reportaje de domingo, del día 17 de marzo del 2013: *“La pesadilla de Irak”*, donde además destacamos que en la columna derecha de la página 3 se hace una cronología de la guerra y que, en su página 4, está reelaborado el Manual de detención de las tropas españolas en *Irak*. Por otra parte, vid. también las preguntas (184/ 019075, 019076, 019079, etc.) de control de acción al Gobierno -al caso- en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X legislatura. Serie D: General. 17 de abril del 2013. N° 256.

¹⁴³ Vid Anexo I.

permanecer en Base *España* un máximo de tres días (setenta y dos horas) y la única manera de sacarlos de la Base era ponerlos en libertad o trasladarlos a la cárcel saturada de *Abu Ghraib*, o, si a juicio de los EE.UU eran insurgentes peligrosos pudiera darse el caso de que acabaran con sus huesos en *Guantánamo*, pero en cualquier caso no siempre se podía organizar un convoy para llevar prisioneros a *Bagdad*.

En la actualidad, y no se sabe bien por qué después de tanto tiempo de ocurridos los hechos, dado que el periódico *El País* del día 17 de Marzo del 2013 dio a primera página la noticia de que “*soldados españoles maltrataron a prisioneros iraquíes en Diwaniya*”, cuando es muy probable que pudo haberse difundido mucho antes, aquéllos están siendo objeto de investigación por la justicia militar española y a ella habrá que estar. Ello sin perjuicio de que periódicamente, y por el momento, si nos atenemos al reportaje de domingo del mismo periódico, de fecha 12 de mayo del 2013, donde bajo el titular de “*Historia del soldado Charlie*” cuenta la confesión de un soldado español que pasó de verdugo a víctima por haber hecho de carcelero en *Irak*, en el régimen de vida de prisioneros y soldados allí dibujado se describen casos¹⁴⁴ donde hay actitudes manifiestamente antijurídicas.

XVI.6.4. Informaciones periodísticas de actitudes antijurídicas

El Tribunal Militar Territorial Primero de *Madrid*¹⁴⁵ revocó a finales de Octubre del 2014 el procesamiento de cinco militares españoles por un presunto delito de

¹⁴⁴ Casos juzgados de abusos en el ejercicio de adiestramiento de prisioneros ya han sido alguna vez esclarecidos por la justicia militar, si bien en tiempo de paz; la última Sentencia al respecto por la Sala V de lo Militar fue en Noviembre de 2010 ratificando las condenas de cuatro a diez meses de prisión impuestas a un soldado y dos cabos por un delito de “*extralimitación en el ejercicio del mando*”.

¹⁴⁵ El castigo colectivo de flexiones de los prisioneros cuando ante una orden dada uno solo de ellos fuera indisciplinado, la agresión física contra el que fuera indisciplinado, patadas en la cabeza a los soldados por el mando cuando erraban en su cometido y sin perjuicio de que el confesor prefiriera como castigo que se le dieran puñetazos en las costillas y que no pidiera la baja para evitar ser considerado “un flojo” por los compañeros, la realización de ejercicios nocturnos de captura de prisioneros que fueron previos a su marcha a *Irak* sin saber qué pasaría porque no tenían información alguna, recibiendo la orden de pegar a dos elegidos en una primera fase, de bajarles los pantalones y la ropa interior en una segunda fase donde además el cañón de un fusil se pasaba por el ano de uno de ellos, haciendo además de introducirlo mientras era objeto de burlas, y aunque un mando reprendiese tal acto otro mando posteriormente, entre risas, obligaría a colocarse de rodillas uno detrás de otro, de modo que los genitales de uno quedaran en contacto con el trasero del otro para que haciendo el “*trenecito*” se movieran como si estuvieran copulando. La tercera fase, consistente en el interrogatorio, se harían preguntas de todo tipo bajo la dirección de un mando, pero repitiendo la misma pregunta cada cuatro veces después para comprobar la sinceridad del prisionero y su grado de resistencia, de forma que sin perjuicio de ser objeto de malos tratos por subordinados el interrogado recibiría pequeños golpes por el propio mando cuando contestase de forma distinta de cómo lo hubiera hecho la vez anterior. Por otro lado, en cuanto a los prisioneros de la Base en ese reportaje se cuenta que el soldado confesor, con motivo de llevar a los prisioneros la bandeja de alimentación, recibió la orden de su superior de entrar delante y apuntar al prisionero con el fusil a la cabeza mientras aquella bandeja su superior la dejaba en el suelo, y que respecto a otros prisioneros que rogaban por un trago de agua un soldado hizo

torturas contra dos iraquíes detenidos en *Base España (Diwaniya, 2004)* “por la indefinición de la condición de las víctimas del delito”. El Tribunal rechaza la pretensión de los acusados de que no se les aplicara un delito contra las leyes y usos de la guerra –hoy derogado- con el argumento de que *España* nunca declaró formalmente la guerra a *Iraq*, lo cual tiene relevancia a efectos penales¹⁴⁶. Recuerda además, que los Convenios de *Ginebra* se aplican al margen de que exista o no una declaración formal por ruptura de las hostilidades y que el ámbito de protección de dichos Convenios ginebrinos “*alcanza a los prisioneros de guerra y al personal civil, pero en ningún caso a los terroristas*” que, según el auto de procesamiento, fueron trasladados el 27 de enero del 2004 al centro de detención de *Base España*, “supuestamente implicados en un ataque con morteros contra *Base Tegucigalpa*”, acuartelamiento del contingente centroamericano.

El Tribunal no pretende que los malos tratos que no niega queden impunes. Ordena a la juez castrense seguir investigando para determinar quién eran las dos víctimas teniendo en cuenta que el Estado Mayor del Ejército de Tierra comunicó al Juzgado que no ha encontrado el libro de registro de la identidad de detenidos por las tropas españolas en *Iraq*, de forma que en caso de persistir en esa indefinición el Ministerio Fiscal pudiera pronunciarse sobre la competencia de la jurisdicción, como sugiriendo que el caso pase a la jurisdicción ordinaria.

XVI.7. Los “Guantánamos” anglosajones

XVI.7.1. El de los EE.UU y el británico

Anotamos previamente dos reflexiones¹⁴⁷.

ademán de ofrecerles una botella para derramársela después en el suelo entre risotadas, mientras que otro se hizo fotos burlonas con ellos.

¹⁴⁶ Vid. El País digital de 29 de octubre del 2014, información de *Miguel González* a las 22:14 CET, con el título “*El tribunal castrense revoca los procesamientos por turturas en Iraq*”. En él se afirma que “*la idea de que los Convenios de Ginebra no se aplican a los presuntos terroristas no es nueva. Fue la doctrina aplicada por el presidente George W.Bush para poner en marcha el campo de reclusión de Guantánamo (Cuba)*”.

¹⁴⁷ Antes, dos reflexiones: En treinta y dos Estados de los EE.UU sus ordenamientos jurídicos contemplan la pena de muerte del preso penitenciario pese al derecho recogido en la octava enmienda de la Constitución de EE.UU, que prohíbe castigos crueles; pero no hay Protocolos en el proceso de cómo darle muerte. En este sentido, la adopción por parte de EE.UU de la inyección letal fue el resultado de más de un siglo de búsqueda de una forma “humana” de acabar con la vida de los condenados a muerte, tras las experiencias de la horca y el fusilamiento. A estos métodos les siguieron la electrocución (la primera silla eléctrica llegó en 1890) y las cámaras de gas (1921). En un macabro acto de evolución y después de que un forense de *Okhlaoma* considerase que se estaba “matando animales con más humanidad que las personas”, nació en 1977 la inyección letal, el cóctel de tres fármacos que actualmente pone fin a la vida de los presos: pentonal sódico como anestesia; bromuro de vecuronio para paralizar; y cloruro potásico para provocar finalmente un paro cardíaco. La pena de muerte había sido reinstaurada en el país en 1975 y el método fue utilizado por primera vez en 1982. Vid., p.ej., El País de 3 de noviembre del 2003, Sección Internacional, p.13.: “*Ensayos en el corredor de la muerte*”.

Por otro lado, tampoco cabe ignorar que según informaciones de prensa -Vid. El País, Sección Internacional, de 26 de noviembre del 2013, periódico digital, en información de Yolanda Monge (Washington,18:41)- la CIA llegó a construir ocho pequeñas viviendas (“*El Marriot*”) dentro del

XVI.7.2. La Ley norteamericana de autorización del uso de la fuerza militar

La Ley que permitió la creación de la cárcel de *Guantánamo* es la que ampara “**la guerra contra el terrorismo**”, es decir, la ley de Autorización del uso de la fuerza Militar, aprobada inmediatamente después del 11-S y que da al Presidente de los EE.UU poderes prácticamente ilimitados para actuar contra cualquier amenaza a la seguridad de los EE.UU en cualquier punto del planeta. El mandato de *Guantánamo*, dentro de la estrategia de la guerra global contra el terrorismo, ha sido que los detenidos no tuviesen la oportunidad de recurrir su detención, lo que fue declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo de los EE.UU. Desde el año 2006 a esta Base norteamericana en *Cuba* no llegan nuevos prisioneros y, pese a la promesa de *Barack Obama* en el año 2009 de su Plan de cerrar la Base, también debido al escándalo de las fechorías de algunos militares hechas públicas y fotografiadas por la prensa en la prisión de presos comunes de *Abu Grahیب*, lo cierto es que, pese a todo, dicho Plan sigue paralizado.

XVI.7.3. El futuro de Guantánamo

Para sacar adelante un proyecto de ese cierre *Obama* necesitaría contar con el apoyo de las dos Cámaras, pero no cuenta con la mayoría cualificada en el Senado de sesenta escaños y la mayoría de la casa de Representantes está en manos republicanas, no demócratas, si bien varios republicanos han reconocido que tarde o temprano *Guantánamo* tendrá que cerrar. Sin embargo, el problema además es mayor. Aunque *Obama* ya pidió expresa y públicamente al Congreso el día 23 de Mayo del 2013 que pusiera fin a las restricciones para el cierre, ha anunciado ese mismo día el levantamiento de la moratoria para que los presos de *Guantánamo* puedan ser transferidos a *Yemen*, de donde son la mayoría, país donde pese a ello ni siquiera se tiene la seguridad de que fueran acogidos, con lo que el limbo no sólo jurídico sino de su debido paradero definitivo se hace evidente si, además,

propio centro de detención de *Guantánamo* debido a las comodidades que ofrecía frente a las condiciones y régimen espartano impuesto en las celdas de los presos comunes. El Programa “*Penny Lane*” causante de ello consistía en convertir en agentes dobles a algunos de los más peligrosos terroristas de *Al Qaeda*. El Plan –ejecutado entre 2003 y 2006 con *Bush*- era infiltrar a esos presos –a sueldo de la CIA- en las células terroristas en las que participaban en sus respectivos países y convertirles en informantes del gobierno norteamericano. El Plan no estaba exento de riesgos. Siempre existía la posibilidad de que una vez puestos en libertad en sus países, esos hombres traicionaran a la agencia de inteligencia y conspirasen contra EE.UU, o dando una vuelta de tuerca a su estatus, convertirse en agentes triples, o que acabaran pasando información falsa que provocara ataques con *drones* erróneos sobre población civil en *Yemen* y *Afganistán* o como la causa de un “fuego amigo” contra tropas o civiles norteamericanos en su caso. *Penny Lane* era la contraparte de otra instalación secreta de *Guantánamo* conocida como *Strawberry Fields*, donde se encerraba a los presos “de alto valor” y cuyas probabilidades de abandonar en algún momento la isla eran nulas y estarían por siempre jamás encerrados. Vid. **SUÁREZ OJEDA, M.** (2010). *Guantánamo y el imperio del Derecho en el contexto internaciona*. –André Gabriel, Pavón Pisticiello, Daniel y Prieto San Juan Rafael –coords.- de la Universidad Católica de Córdoba-Pontificia. Univesidad javeriana. Colombia: Biblioteca jurídica Diké, 334 pp-, en revista electrónica iberoamericana [http://www.urjc.es/ceib] vol.4, nº 2.

el Congreso de los EE.UU parece que no está dispuesto a autorizar el traslado de uno solo de los presos hacia territorio que no sea de los EE.UU. Tampoco hay otros países realmente voluntarios para su acogida.

XVI.7.4. Las acusaciones de tortura

Por tanto, y entretanto, pasado el tiempo de la apertura de la cárcel de *Guantánamo*, las sombras sobre ella se ciñen sobre todo porque ha habido en ella ingresados donde -según¹⁴⁸ un ex agente de la CÍA llamado *John Kiriakou*, que ha sido condenado a dos años y medio de cárcel por sus revelaciones-, en otras cárceles secretas incluso previas a ese ingreso, como la de *Tailandia*, ya había torturas de “*waterboarding*”, es decir, aquella que simula el ahogamiento. Tal era el caso, según dicho ex agente, del primer alto cargo de *Al Qaeda* capturado por los estadounidenses, llamado *Abu Zubaidah*, quien según el ex espía citado llegó a confesar inmediatamente después de sufrir tal tortura. Los abogados defensores de este presunto torturado, que lleva varios años ingresado en *Guantánamo* (y antes ya de que, por ello, recayera la anterior condena) incluso han utilizado esa información revelada en sus recursos en *Guantánamo*.

XVI.7.5. Las reacciones de algunos internados: sus huelgas de hambre y su dilema moral

Pero la violencia de los inicios de *Guantánamo*, impropias (en teoría) hasta de la guerra, bajo pretextos simples como los de que “los Coranes” de los prisioneros pueden dejar de estar consagrados por los registros habituales que hacen los guardias para evitar el contrabando - al igual que en la película de “*La fuga de Alcatraz*”, si sirve de imagen-, se está actualmente¹⁴⁹ reactivando a través de formas refinadas no ya por los verdugos sino, en realidad, puestas de manifiesto *hasta por los propios internos* en forma de un grito agonizante y contestatario a la ausencia de un juicio justo. Es decir, lo hacen a través de las famosas huelgas de hambre que no sólo pueden llegar a degenerar en motines sino que tienen como doble finalidad, por un lado, la de denunciar de forma llamativa, última y desesperada el hecho de que ese centro de detención, y pese a las visitas de *la Cruz Roja* (único personal no militar que puede entrar en el Centro), no aplica las garantías legales de EE.UU, dándose casos donde (al igual que otros que ya se

¹⁴⁸ Vid. la información del diario El Mundo del sábado 26 de enero del 2013, Sección Mundo, p.31, con el título “*Cárcel para el chivato de la CIA*”.

¹⁴⁹ Puede verse al respecto la información del periódico El Mundo del lunes 15 de abril del 2013, Sección Mundo, p.25, con el título “*Motín con escobas en Guantánamo*”, donde se pone de manifiesto que el sábado 13 anterior que una cuarentena de presos en huelga de hambre desde el 7 de febrero del 2013 se amotinaron sin éxito enfrentándose a los guardias con armas improvisadas tales como escobas, mopas, palos hechos con botellas de plástico y cinta aislante, significando que de los 166 actualmente encarcelados en la Base 86 podrían ser repatriados a sus países de origen porque el Gobierno ha certificado para ellos que no suponen “un riesgo” para la seguridad nacional. Sin embargo, el Congreso de los EE.UU no ha concedido aún el crédito para ese traslado.

dieron en el año 2002, 2003 y 2005, por las huelgas de hambre prolongadas practicadas por algunos de los cautivos) no sólo se les ha hospitalizado por deshidratación sino que, por otro lado, plantean a las autoridades -y de forma pública e irremediable ante la sociedad- el dilema¹⁵⁰ médico y moral de tener que forzar alimentarlos para evitar su muerte antes de tener que ser juzgados, independientemente del tiempo que en la práctica ese hecho se produzca *sine die* o no. A este respecto¹⁵¹, tres meses después de que se iniciase, más de la mitad de la población reclusa en el centro se sumó a la huelga de hambre y con la casi totalidad de los efectivos militares dedicados a atender y alimentar por la fuerza a

¹⁵⁰ Según El País del miércoles 1 de Mayo del 2013, Sección Internacional, p.6, en los últimos días de abril las autoridades militares dieron el visto bueno para que al menos 21 de los presos fueran alimentados por la fuerza, con la inserción de una sonda de plástico por la nariz que llegaba hasta el estómago, decisión que *Obama* defendió para evitar su muerte y sabiendo que la mitad de la población reclusa tiene el visto bueno para abandonar la base, ya que no son considerados una amenaza para la seguridad de los EE.UU. Por su parte, días antes la Asociación Médica Americana, a través de su Presidente el doctor *Jeremy Lazarus*, escribiría una carta al Secretario de Defensa, *Chuck Hagel*, donde decía que cualquier médico que participase en forzar a un prisionero a comer en contra de su voluntad “violaba valores éticos básicos de la profesión médica”. Por su parte, en El País del Domingo 07 de Julio del 2003, en reportaje titulado “*Insurrección en el limbo*” y “*Shakespeare en Guantánamo*”, se explica la forma en que se les alimenta de forma forzosa: Se ata a una silla al preso que debe ser alimentado y que llega allí por su pie o a la fuerza. Una vez atado se le coloca una máscara sobre la cara que impide que mueva la boca, así como que pueda morder o escupir. Hasta aquí el primer paso. El segundo comienza con la aplicación en las fosas nasales de un lubricante quirúrgico –“también vale aceite de oliva”- antes de introducir un tubo por la cavidad nasal. Según los abogados de los detenidos, en este punto sus clientes se quejan de sufrir un dolor intenso y no poder dejar de llorar, ya que en esa zona existen muchas terminaciones nerviosas. Para los presos, aseguran sus letrados, se trata de una agonía que parece no acabar nunca. El tercer paso se inicia con el descenso del tubo quirúrgico por la garganta hasta el estómago, que hace que se haga difícil la respiración y se produzca la sensación que algunos describen como ahogamiento. El cuarto paso comienza por sujetar el tubo a la nariz con un esparadrapo, para evitar que el preso lo muerda y, una vez asegurado, se inicia la tarea de volcar a través del mismo 750 mililitros de una sustancia rica en nutrientes. En este punto se puede incorporar al suplemento alimenticio una medicina conocida como *Reglan* –que tiene como efectos secundarios en el largo plazo síntomas parecidos a los que provoca el párkinson- para mitigar la sensación de náuseas o hinchazón en el preso. “Todo el procedimiento dura 20 minutos”.

¹⁵¹ Puede verse el periódico El País del 28 de abril del 2013, Sección internacional, p. 10, con el título “*La huelga de hambre en Guantánamo se desborda*”.

En este reportaje también se dice que en *El Ramadán* los musulmanes ayunan y obligarles a comer solo supondría añadir más agua a un vaso que desborda de desesperación desde hace ya tiempo. Un grupo de abogados de los presos de Guantánamo ha pedido a un tribunal federal en *Washington* que ponga fin a la “grotesca práctica” de alimentar por la fuerza a los reos. Los letrados argumentan que sobre sus clientes no pesan cargos y que, por tanto, no se les puede someter al régimen federal de prisiones que permite ese castigo para evitar su muerte. En Guantánamo los presos tienen todas sus necesidades cubiertas, excepto una: no tienen relaciones sexuales, ni, por supuesto, la posibilidad de visitas vis a vis. Muchos de los que practican de la huelga de hambre lo hacen por la presión que ejercen sobre ellos los líderes, pero “sobre todo” –dice un tal *Zak*, carcelero- el verdadero motivo de que hayan dejado de comer “lo hacen para no tener deseo sexual. El hambre lo aletarga y les quita ese apetito”. Lejos queda ya *el Campo X*, el que todo el mundo tiene impreso en la retina cuando se menciona el infame penal: aquel al aire libre cerca del mar Caribe en el que los presos vestían de naranja y eran transportados en carretillas de madera por sus captores y que hoy está devorado por la maleza y unos roedores gigantes apodados *banana rats*. Hoy, los reclusos, sin embargo, pasan frío debido al brutal aire acondicionado que congela unos módulos construidos a imagen y semejanza de prisiones de máxima seguridad estadounidenses.

los huelguistas, de forma que la realidad que (de un tiempo a esta parte) se vive en el penal es cada día más explosiva, con conatos de violencia y una tensión acumulada que ha llegado a provocar que el alto mando militar ordene que los reos sean encerrados en celdas individuales en lugar de hacerlo en zonas comunales y que *el Pentágono* tuviese que enviar personal médico adicional para que pudiera ocuparse del creciente número de presos que se negaban a comer.

Pero así como las primeras huelgas de hambre citadas tenían como estrategia de *Al Qaeda* llamar la atención de los medios de comunicación, las más recientes tienen como finalidad la de denunciar *la frustración y la desesperación*, sobre todo ante las falsas expectativas de *Obama* por cerrar el centro, prefiriendo la muerte a la humillación sentida por los presos en su situación, toda vez que -según han llegado a manifestar sus abogados y las autoridades- *en los presos subyace el sentimiento de que la única manera de abandonar el penal es un féretro*. Se trata de una desesperación que, según el propio *Comité Internacional de la Cruz Roja*, “no tiene precedentes”, ni siquiera la de la mancha indeleble que para los derechos humanos en *Gran Bretaña* dejó la prisión de *Maze* en *Irlanda del Norte*, calificada de “prisión política”, y donde a principios de los ochenta *Margaret Thatcher* tuvo que soportar el duelo de diez fallecidos en huelga de hambre, entre ellos *Bobby Sands*, el terrorista al mando del IRA provisional que antes de morir en esa célebre prisión llegó a convertirse en parlamentario británico y cuya muerte llegó a sumar miembros a las filas del IRA. También hay casos paradójicos donde -sobre la base de que, *a priori*, y a tenor de sus antecedentes- debiendo recluirse a una persona en *Guantánamo* tras haber sido detenida, sin embargo, se le ha puesto a disposición de la justicia ordinaria norteamericana, de forma que la propia población reclusa de *Guantánamo* puede estar ya de por sí en origen discriminada por las propias autoridades norteamericanas:

XVI.7.6. El caso del yerno de Ben Laden y lección aprendida de un agravio

Cabe citar a este respecto el caso del yerno de *Ben Laden*, *Suleiman Abu Ghaith*, quien teniendo la nacionalidad *kuwaití* (perdida desde el 11-S), fue detenido por los EE.UU con ocasión de una parada técnica en *Amman* (*Jordania*) y después de que *Turquía*, país donde lo detuvieron en un principio tras salir de *Irán*, lo deportara a su país de origen (*Kuwait*) por no entregarlo a los EE.UU. Pese a esa confusa detención sobre su persona lo cierto es que fue juzgado¹⁵² por la justicia ordinaria norteamericana en *Nueva York*, donde él se ha declarado inocente con la diferencia, respecto de cualquier preso de *Guantánamo*, de que no ha sido interrogado a fondo antes de llegar a los EE.UU así como de respetársele el derecho que sí ha tenido a guardar silencio. Se trata, pues, de uno de los primeros

¹⁵² Véase El País del 09 de marzo de 2013, Sección internacional, p.11: “*El juicio civil al yerno de Bin Laden reabre el debate de Guantánamo*”.

juicios que se está llevando a cabo a un líder de *Al Qaeda* en territorio estadounidense por la justicia ordinaria, con el agravio que ello supone, puesto que, además, de los cientos de personas que han pasado por *Guantánamo* tan sólo siete han sido “condenadas” en comisiones *militares* creadas para juzgar a los detenidos dentro de la guerra contra el terrorismo iniciada por *George W Bush*.

XVI.7.7. El Guantánamo británico de Camp Bastian

Por su parte, equiparada a la Base de *Guantánamo* ha sido criticado¹⁵³ al Gobierno británico la existencia en la provincia afgana de *Helmand* de una cárcel secreta en el campamento militar de *Camp Bastian*, donde el propio Ministro de Defensa, *Philip Hammond*, reconoció a la BBC el día 29 de Mayo del 2013 que hay allí ingresados casi un centenar de sospechosos que fueron detenidos en ese lugar *porque no tienen garantías sobre su seguridad si fueran entregados para ser juzgados* y porque su liberación podría poner en peligro a las tropas británicas en *Afganistán*. Desde la difusión de esa noticia se sabe -en mérito del procedimiento de *habeas corpus* que fue interpuesto por los abogados de veinte detenidos ante el Tribunal Superior británico en *Londres* el día 19 de abril del 2013- que ocho de los detenidos han estado allí catorce meses sin haber sido acusados de nada, situación que no sólo es contraria a la ley británica sino a las normas de actuación sobre detenidos de la Fuerza de Asistencia Internacional de Seguridad (ISAF), que permite detenciones sin cargos por un máximo de 96 horas¹⁵⁴.

XVI.8. El régimen norcoreano de KIM-JONG-UN

XVI.8.1. Ejecuciones purgatorias ejemplares

Un exponente del terror vivido en ese régimen de *Corea del Norte* fue la ejecución (en una jauría de perros) el día 12 de Diciembre de 2003 del tío (*Jang*) de ese líder, toda vez que ha vuelto a poner de manifiesto el poder absoluto y el reinado de terror que ejerce *la dinastía Kim* desde hace tres generaciones. Fue ejecutado por el delito de “traición” al haber sido descubierto y acusado por el Gobierno de maniobrar para tomar el control del país. Pese al hermetismo de ese

¹⁵³ Puede verse, por ejemplo, el ABC de 30 de mayo de 2013, Sección Internacional, p.38, cuadro inferior a la derecha: “*Londres asegura que cerrará su “Guantánamo afgano”*”, así como El Mundo de ese mismo día, Sección Mundo, p.23: “*El Guantánamo inglés en Afganistán*”.

¹⁵⁴ Al igual que en *Guantánamo*, y según el propio Ministro citado, esos detenidos son sospechosos de haber matado a soldados británicos o de estar involucrados en la preparación de ataques a las tropas británicas. A su juicio sería un error permitirles volver al “campo de batalla”, pero en la actualidad, y no antes, se está intentando ponerles a disposición de las autoridades afganas su custodia -con la mínima seguridad requerida del traslado- para que sean enjuiciados por el sistema judicial de ese país, si bien los abogados -entre ellos *Pajil Shiner* y *Rosa Curling*- de los detenidos han denunciado a la prensa las dificultades con que se topan para acceder a sus clientes en *Afganistán*. Este contexto hace que esas detenciones sean a su juicio erróneas e ilegales pese a que, por el contrario, el Ministerio de Defensa británico aún no ha accedido a ese traslado porque -según sus informaciones reservadas- la entrega podía conllevar el peligro de que los sospechosos fueran torturados. Este último extremo fue confirmado por el embajador afgano en *Londres* matizando, por un lado, que el Gobierno de *Karzai* está investigando tales casos y, por otro, que se trata de malos tratos y torturas aisladas *pero no sistemáticas*.

régimen, y las cautelas de veracidad sobre el respecto, según el espionaje de Corea del Sur (aludido en prensa¹⁵⁵) parece ser que varias personas cercanas al poderoso tío de dicho líder también fueron eliminadas por el cargo de “corrupción”, mientras que otros que trabajaban en embajadas extranjeras habían recibido órdenes de regresar a su país. Mientras que *Pekín* calificó la ejecución de asunto interno, miembros del Parlamento de *Seúl* aseguran que *Kim Jong-un* está recurriendo al “miedo” para afianzar su posición, es decir, está fortaleciendo el reinado de terror donde, según el legislador *Cho Won-jin*, en el año 2012 fueron ejecutadas en público diecisiete personas y en el año 2013 cuarenta. Por su parte, según el Ministro de Defensa de *Japón* la purga del número dos podría presagiar un período de turbulencias comparable a la revolución “Cultural” (1966-1976) en *China*. Pocos días después de la ejecución -en una ceremonia bien orquestada a propósito del segundo aniversario del padre de *Jim*- se celebró que en esos dos años se colocara un satélite en órbita así como el éxito de su tercera y más potente prueba atómica...y también los “votos de obediencia”¹⁵⁶.

XVI.8.2. El determinismo social y político

Téngase presente que en el “reino ermitaño”, al igual que ocurre con la condición de “ser indio”, el “ser coreano” implica ser sujeto a un determinismo social –y político- que decide el destino, la clase y las oportunidades de alimentarse, recibir educación, encontrar un empleo o simplemente vivir. El rígido sistema de castas conocido como “*songbun*” marca de por vida a todos los norcoreanos según hayan nacido –o progresado, o descendido- en uno de los tres escalones en que, según su lealtad o desapego al régimen de *Pyongyang*, se clasifican todos los norcoreanos¹⁵⁷. En la actualidad, *Kim Jong* parece ser que está empeñado en emular a su abuelo *Kim Il-Sung*, fundador de la *República Popular Democrática de Corea* tras la división de la península coreana entre EE.UU y la extinta URSS al finalizar la II Guerra Mundial. Sus acciones han sido cada día más escandalosas como lo prueba el que en abril de 2013 amenazase con un conflicto total a su vecino del Sur en respuesta a las maniobras militares que *Seúl* realizaba

¹⁵⁵ Vid. El País de 14 de diciembre de 2013, Sección Internacional (lucha por el poder en *Pyongyang*), p.3 y 4, ‘con noticias tituladas de “*Kim Jong-un* afianza su reino con el terror”, “*El país de las castas de desafectos*” y “*China teme el colapso del reino ermitaño*”.

¹⁵⁶ Puede verse al respecto El País de 18 de diciembre de 2003, Sección Internacional, p.3: “*Las élites del régimen norcoreano prometen lealtad a Kim Jong-un*”

¹⁵⁷ Los hay leales, vacilantes y hostiles. Los tres rangos o castas, que se distribuyen a su vez en cincuenta y una categorías casi gremiales, clasifican de manera hereditaria a los veintitrés (23) millones de norcoreanos. En el *songbun* la movilidad social, o ideológica, resulta tan escasa que progresar desde una de las dos castas inferiores resulta casi imposible. No lo es, sin embargo, descender de la primera a la última, pues el ascensor social funciona a toda velocidad en la bajada. El *songbun* es el método de control social más elaborado e intruso en la vida del ciudadano de cuantos utiliza el régimen totalitario de *Corea del Norte* y, además, una garantía de castigo sistemáticos para todos los hostiles que va mucho más allá de la adscripción ideológica y que puede marcar la diferencia entre la vida y la muerte, o la supervivencia al menos, en ámbitos como el del acceso a la alimentación.

con *Washington*. Asimismo, a partir del apresamiento del buque “*Chong Chon Gang*” en dos ocasiones, una en el puerto *ukraniano* de Oktyasbrik, en febrero del 2010, y otra en el Canal de Panamá, en julio del 2013, y pese a las sanciones de la ONU contra Corea del Norte por las tres pruebas nucleares que ha efectuado desde 2006, parece probado que por las drogas, armas y municiones encontradas en ambas ocasiones, en la segunda¹⁵⁸ de ellas hasta dos *Mig 21* de fabricación soviética y procedente de *Cuba*, han vuelto a poner de manifiesto el tráfico de armas con que se financia el régimen estalinista, sospecha que ya se tuvo desde fines del año 2002 cuando precisamente la armada española, a petición de los EE.UU, interceptase en el *golfo de Adén* el carguero “*So San*” con quince misiles *Scud* que iban a ser vendidos en *Yemen*.

XVI.8.3. Repercusiones en las relaciones Internacionales

Esto ha repercutido en las relaciones Internacionales de forma que *Japón*¹⁵⁹ ha decidido dar un vuelco a la política de defensa del país asiático que, desde la II

¹⁵⁸ Vid. El ABC de 23 de julio de 2013, Sección Internacional, pp.13 y 41.: “*Pyongyang se financia con el tráfico de armas, drogas, falsificaciones y viagra*”. Según este periódico, al hablar sobre este “Ministerio del crimen” de la Oficina 39 del Partido de los Trabajadores, y recogiendo las palabras de Víctor Cha en el capítulo “*El Tony Soprano de Corea del Norte*” de su libro “*El Estado imposible*”, llueve sobre mojado porque solo así, de forma secreta, ya el abuelo del líder norcoreano actual pudo organizar el atentado con bomba contra el presidente *surcoreano Chun Doo-hwan* durante su visita a *Rangún (Birmania)* en octubre de 1983, en el que fallecieron 21 personas, incluyendo tres ministros y varios consejeros y periodistas; y en noviembre de 1987 otra bomba colocada por espías de *Pyongyang* hizo estallar en pleno vuelo un avión de una aerolínea *surcoreana*, matando a 115 de sus ocupantes.

¹⁵⁹ Vid. El País de 18 de diciembre de 2013, Sección Internacional, p.2.: “*Japón aumenta su potencial militar*”. El Plan contempla responder con velocidad en caso de invasión de las islas. Durante la guerra fría, el Ejército japonés era más bien estático, y la mayoría de los recursos estaban concentrados en el norte y el este para protegerse frente a una potencial invasión rusa. Los cambios geopolíticos y, en particular, el ascenso de *China* le han llevado al país nipón a situar sus tropas más al sur y al oeste. El plan insta también al Gobierno a reforzar su sistema de defensa antimisiles para contrarrestar una grave e inminente amenaza de *Corea del norte*. La lista de compras forma parte de los esfuerzos de *Abe* para modernizar el Ejército de su país oficialmente pacifista desde su derrota tras la II Guerra Mundial. Sus Fuerzas Armadas, bien equipadas y profesionales, están limitadas a un papel denominado de “autodefensa”, algo que *Abe* quiere cambiar mediante un “pacifismo proactivo”. Su plan señala que su alianza con los EE.UU sigue siendo la piedra angular de su defensa sin perjuicio de que *Tokyo* deba incrementar al mismo tiempo su cooperación con otros países asiáticos, entre los que estaría *Corea del Sur, Australia e India*. Este “*ensalzamiento del orgullo japonés*” por *Abe*, en titular que se puede comprobar en El País de 09 de enero de 2014, Sección Internacional, p.3, responde a que ya apuntó en su primer gobierno (septiembre de 2006 a septiembre de 2007) la necesidad de normalizar la situación de las llamadas “fuerzas de autodefensa” y convertirlas en un Ejército, algo que prohíbe la Carta Magna de 1946, impuesta por EE.UU como potencia ocupante.

La disputa con *China* por las islas *Diayou* (en chino) y *Senkayku* (en japonés), agravada tras la decisión del anterior gobierno nipón de comprar a un particular tres de esos islotes para nacionalizarlos –lo que fue considerado por *Pekín* como “una provocación”- reforzó la decisión de *Abe* de aumentar la capacidad defensiva de *Japón* y su influencia en la zona. En 12 meses *Abe* ha visitado los 10 países de la ASEAN (Asociación de Naciones del Sureste Asiático) y en diciembre del 2013 anunció una nueva estrategia de seguridad con un plan a cinco años en el que se prevé un aumento del presupuesto militar de al menos el 5 % y la creación de un Consejo de Seguridad Nacional. Todo ello mientras pone en marcha los cambios constitucionales que permitirán a su país unir sus fuerzas a otros países por motivos defensivos y participar en el sistema de seguridad de

Guerra Mundial, ha estado marcada por su Constitución pacifista. Su programa de reorganización militar incluye la redistribución geográfica de sus efectivos y un incremento del cinco por ciento del gasto en el conjunto de los siguientes cinco años, con la adquisición de nuevo material bélico. La decisión hace frente a las tensiones territoriales marítimas que mantiene con *Pekín* y la imprevisibilidad de *Corea del Norte*.

XVI.9. China y el Tíbet

XVI.9.1. Origen del conflicto

La ocupación del Tíbet en 1950 fue seguida por la destrucción de miles de templos, la imposición del sistema educativo chino y las restricciones religiosas. Nada de ello, sin embargo, ha hecho tanto daño como la asimilación cultural. La emigración masiva de chinos de la etnia mayoritaria, atraídos por ventajas gubernamentales en trabajo, educación o vivienda, ha convertido a los tibetanos en una minoría en sus propias ciudades. Pekín asegura que todo ello ha sido acompañado de desarrollo económico, hospitales, carreteras y escuelas que han mejorado la vida de la población, borrando el pasado feudal y teocrático que regía bajo los “lamas”.

XVI.9.2. Situación

Aunque actualmente la versión oficial china es que las políticas integradoras del Partido Comunista¹⁶⁰ han llevado la armonía a las poblaciones tibetanas, la inmolación de veinticinco personas desde marzo del año 2012, trece de las cuales murieron, revelan que la región está bajo un estado de sitio no declarado.

XVI.9.3. Quemadas «a lo bonzo»

Una de ellas en el año 2013¹⁶¹, *Palden Choetso*, actuó imitando a *Thich Quang Duc*, el hombre que dio nombre al término «quemarse a lo bonzo». El clérigo vietnamita se quitó la vida en *Saigón* en 1963 para pedir la libertad religiosa. Lo hizo sentado sobre un cojín, con las piernas cruzadas, sin moverse o mostrar

la ONU. *China*, el 23 de noviembre del 2013 declaró Zona de Identificación de la Defensa Aérea (ZIDA) una extensa área sobre mar de *China Oriental* que solapa la ZIDA de Japón. A su vez, *Corea del Sur*, que también mantiene con el país del sol naciente una disputa por las islas *Dokdo* (en coreano) y *Takeshima* (en japonés), optó por declarar su propia ZIDA, que se solapa con las otras dos, convirtiendo la zona en explosiva. Los tres países han declarado que no van a desatar un conflicto armado por unos islotes, pero bajo sus aguas se esconden grandes bolsas de petróleo y gas, lo que sin duda ha exacerbado la disputa por estos. Pese a que EE.UU impulsa la mejora de las relaciones entre *Corea del Sur* y *Japón*, a los que considera bastiones de su estrategia de defensa en *el Pacífico*, el recuerdo de la ocupación sigue emponzoñando las relaciones entre ambos y, por supuesto, entre *Tokyo* y *Pekín*, pese a que los tres países tienen en común importantes intereses económicos.

¹⁶⁰ Vid Anexo I.

¹⁶¹ Puede verse al respecto el reportaje del periódico *El Mundo* (Crónica nº 853), de 19 de febrero de 2012, firmado por *David Jiménez* en *Ganzi (Tíbet)*, titulado «*la lucha de los monjes antorcha*». Véase también **PÉREZ VENTURA, J.** (2015). *Breve Hª del conflicto entre el Tíbet y China*. En página web *El Orden Mundial en el siglo XXI. Informe Anual 2014-2015*.

signos de dolor en una imagen que dio la vuelta al mundo. El reportero de *The New York Times* *Davod Halberstram* describió en su crónica cómo «su compostura contrastaba con los lamentos de las personas a su alrededor». Morir no es importante para cualquier joven novicio ; justifican las inmolaciones porque está en las escrituras, esto es, una vida más plena espera a quienes se sacrifican por el bien de los demás. Las restricciones religiosas, las detenciones y la represión se intensificaron tras las revueltas del *Tíbet* en 2008, cuando una minoría rompió décadas de resistencia pacífica para atacar comercios y comunidades chinas en las calles de *Lhasa*¹⁶². Las inmolaciones han llevado al Gobierno a poner los 1.800 monasterios¹⁶³ tibetanos bajo la gestión de comisiones mixtas formadas por religiosos considerados menos beligerantes y funcionarios comunistas. El *Karmapa Lama*, tercero en el rango religioso tibetano, ha pedido el fin de los suicidios recordando que las enseñanzas de *Buda* establecen que cada vida es preciosa y no puede ser dañada. Ni siquiera la propia. La jerarquía budista ha determinado que el hecho de que los suicidios no agredan a las fuerzas del orden o los civiles chinos no es suficiente. Según él lograr cualquier objetivo requiere en primer lugar preservar la vida propia. Los *tibetanos* son pocos –cinco millones frente a 1.300 millones de *chinos*- y la causa *tibetana* los necesita a todos. Incapaz de detener a los bonzos, la policía ha empezado a arrestar a los sospechosos de ayudarles. A quienes les acompañan al lugar donde se queman. A los que les compran o venden el material inflamable. Y, sobre todo, a quienes les graban para distribuir las imágenes en *Internet*. Las autoridades no temen la posibilidad de que los religiosos puedan convertirse en una amenaza para las decenas de miles de tropas estancadas en zonas tibetanas. Temen, en cambio, que imágenes sacadas de forma clandestina pueden llamar la atención internacional sobre la causa. La inmolación de *Thich Quang Duc* en los 60 pasó a la historia y ha sido imitada desde

¹⁶² Las autoridades de *Pekín* respondieron endureciendo su control. El tiempo dedicado a las oraciones fue acortado para dejar margen a programas de reeducación destinados a fomentar « el amor por la patria ». Las fotografías del *Dalai Lama*, hasta entonces toleradas ocasionalmente, fueron confiscadas. Todo, desde los programas de radio al tono musical de los teléfonos móviles, empezó a ser censurado. Los *tibetanos* se mantuvieron a mantener una vigilia por la mujer que, según ellos, había tenido la valentía de resistir la «destrucción del Tíbet» sin renunciar al compromiso *budista* de hacerlo sin violencia. Es una política defendida todavía hoy por el *Dalai Lama*, pero puesta en entredicho por sectores *tibetanos* en el exilio que dudan de su efectividad. Los más jóvenes e impetuosos se preguntan si bastará para salvar la cultura *tibetana* de la extinción. En las prefecturas de *Ganzi* y *Aba*, corazón de las revueltas, la población vive bajo la constante amenaza de una llamada a medianoche. La renuncia de los locales a deshacerse de fotografías de *Dalai Lama* les convierte en sospechosos. Los agentes pueden pedir a los ciudadanos que expresen su apoyo al Partido Comunista en cualquier momento, deteniendo a quienes se niegan.

¹⁶³ Monasterios como el de *Kirti*, de donde procedían una decena de los inmolados, llevan meses viviendo bajo el asedio chino. La luz y el agua son cortadas cada vez que se produce un nuevo incidente. Decenas de religiosos han sido detenidos y el resto sometidos a constantes interrogatorios donde se les exige denunciar a sus compañeros. Devolver el folio en blanco puede suponer una sentencia de cárcel. Que las protestas hayan continuado prueba la dificultad de intimidar a alguien que está dispuesto a prenderse fuego. Ni siquiera las llamadas de los líderes budistas más importantes han frenado las inmolaciones.

entonces, en parte, porque fue un éxito de relaciones públicas. La foto de un monje inmóvil mientras le consumían las llamas se convirtió en premio *Pullitzer*. La imagen fue portada de periódicos de medio mundo, transmitió el mensaje de que el país estaba siendo reprimido y contribuyó a la caída del régimen de su entonces líder *Ngo Dinh Diem*.

XVI.10. Casos pendientes en España de Justicia Universal

XVI.10.1. Doce casos

La detención del ex dictador *chileno Augusto Pinochet* en Londres en 1998, por orden del juez *Baltasar Garzón*, y la condena del ex militar argentino *Adolfo Scilingo* por delitos de lesa humanidad, en la Audiencia Nacional en 2005, convirtieron a *España* en vanguardia de la jurisdicción universal y rompieron el blindaje de impunidad del que se beneficiaban los genocida. Actualmente, la Audiencia Nacional instruye como una docena de procedimientos de este tipo, así *El caso Couso*¹⁶⁴, *Guantánamo*¹⁶⁵, *los vuelos de la Cia*¹⁶⁶, *Guatemala*¹⁶⁷, *el caso Ellacuría*¹⁶⁸, *el caso Carmelo Soria*¹⁶⁹, *el Holocausto nazi*¹⁷⁰, *el Genocidio saharauí*¹⁷¹, y *el caso Falung Gong*¹⁷². Otros que también se están instruyendo

¹⁶⁴ El Juzgado Central nº 1, el Juez *Santiago Pedraz* procesó a los tres militares que el día 8 de abril de 2003 dispararon con un carro de combate al Hotel *Palestina* de *Bagdad*, causando la muerte del cámara de Telecinco. Posteriormente la orden de detención se amplió a sus superiores (un Coronel y un General). *Interpol* se ha negado a tramitar dichas órdenes, mientras que *Washington* ha rechazado todas las peticiones de cooperación judicial pese a la constancia del interrogatorio del ex sargento que reconoció que el hotel donde se alojaban los periodistas fue designado objetivo militar.

¹⁶⁵ El Juzgado Central nº 5 a raíz de que en su día el juez *Garzón* decidió investigar a los posibles autores materiales e inductores, cooperadores necesarios y cómplices de las torturas denunciadas por detenidos por terrorismo que habían estado en el campo de prisioneros de EE.UU en *Cuba*.

¹⁶⁶ Vid Anexo I.

¹⁶⁷ El Juzgado Central nº 1, investiga, entre otros hechos, el asalto a la Embajada española en *Guatemala*, donde murieron treinta y siete personas en 1980. Figuran como imputados diez ex altos cargos guatemaltecos, contra los que se han dictado órdenes de detención.

¹⁶⁸ El Juzgado Central nº 6, el Juez *Eloy Velasco* pidió la extradición de veinte militares salvadoreños a los que se acusa del asesinato del teólogo español *Ignacio Ellacuría* y de otros cinco jesuitas, así como de dos empleadas de su Universidad Centroamericana el 16 de noviembre de 1989.

¹⁶⁹ El Juzgado Central nº 5, el juez *Pablo Ruz* dictó órdenes de detención e ingreso en prisión para siete ex agentes de la DINA, la policía secreta de *Pinochet*, como responsables del secuestro, tortura y asesinato en julio de 1976 del diplomático español *Carmelo Soria*, que trabajaba en *Santiago de Chile* para la CEPAL (Comisión Económica para *América Latina*).

¹⁷⁰ El Juzgado Central nº 2, el Juez *Ismael Moreno* ordenó el procesamiento e ingreso en prisión de tres ex miembros de las SS a los que se acusa de delitos de genocidio y lesa humanidad en campos de concentración como el de *Mauthausen*, donde estuvieron confinados más de siete mil españoles, de los que murieron cientos.

¹⁷¹ El Juzgado Central nº 5 porque en 2007 el Juez *Garzón* admitió la querrela presentada por familiares de desaparecidos *saharauis* contra trece altos cargos *marroquíes*. Han sido citados a declarar los forenses que en septiembre del 2013 exhumaron fosas comunes en la ex colonia.

¹⁷² El Juzgado Central nº 2, donde el Juez *Ismael Moreno* no solo investiga a las autoridades chinas por el *Tíbet*, sino también por la persecución del grupo religioso *Falung Gong*, después de que el tribunal Supremo así lo acordase.

obedecen al *genocidio de Ruanda, el ataque a la flotilla de la libertad de Gaza o a la matanza de refugiados iraníes en Ashraf (Iraq)*.

XVI.10.2. Al menos una ignominia

La justicia española¹⁷³ no está conociendo actualmente del caso de la muerte de los agentes del CNI en la emboscada de *Latifiya*. Uno de los traductores en la Base de *Diwaniya, Flayeh al Mayali*, tras la muerte de uno de ellos (*Alberto Martínez*), acudió el 22 de marzo del 2004 porque mantenía sus vínculos con las tropas españolas. Pertenecía a una de las más influyentes familias *shíies* de la zona y actuaba como intermediario en la contratación de obras y suministros con empresas locales, actividad que le reportó pingües beneficios. *Al Mayali* fue detenido como “cooperador necesario” en el asesinato de los siete agentes puesto que conociendo a *Alberto Martínez* y otro agente del CNI asesinado anteriormente (el día 09 de octubre del 2003¹⁷⁴ cuando estaba en su domicilio), *José Antonio Bernal*, de la etapa en que ambos estaban destinados en *Bagdad*, si bien él lo niega lógicamente de plano parece ser que era la única persona al corriente del desplazamiento de los agentes a la capital iraquí, pues el propio *Alberto* se lo habría contado. De hecho, varios informantes locales le señalarían como el autor del chivatazo a la insurgencia a cambio de cincuenta mil dólares. Siendo interrogado durante tres días por cuatro agentes del CNI sólo admitió haber colaborado con la inteligencia iraquí antes de la invasión, en concreto, a finales del 2002 fue interrogado por agentes de *Sadam*, quienes le preguntaron por sus relaciones con *Alberto*. El 25 de marzo del 2003 *Al Mayali* pasó bajo la custodia de la policía militar. El Juez de la Audiencia Nacional *Fernando Andreu* estaba investigando la matanza de los agentes, pero un mes antes, el 13 de febrero, ya había archivado provisionalmente las diligencias por falta de autor conocido y con la advertencia de que podría reabrir las en caso de “existir nuevos datos” de los que, en relación con ese traductor, y según el diario el País¹⁷⁵, no le habrían sido facilitados por Defensa porque, en vez de hacerlo, lo entregaría al Ejército

¹⁷³ Por su parte, uno de los supervivientes españoles del atentado de Marib (Yemen) de Julio de 2007, donde murieron ocho, ha pedido la reapertura de la investigación judicial tras conocer el relato de un “topo”-*Hani Mujahid*, ex miembro de *Al Qaeda*-, quien asegura (Vid. El País de 4 y 5 de Junio de 2015) haber alertado a los servicios secretos yemeníes del ataque sin que ese país reaccionara. Caso que fue archivado en la Audiencia Nacional en 2011 ante la falta de colaboración de Yemen.

¹⁷⁴ Mientras que la primera víctima española en *Iraq* tuvo lugar el día 19 de agosto de 2003 al volar por los aires la sede de la ONU en *Bagdad*, toda vez que allí se encontraba el Capitán de Navío *Manuel Martín Oar*, a las ocho de la mañana del día 09 de octubre de 2003, cuando ya se había marchado el vigilante nocturno, que había pedido permiso para marcharse una hora antes de lo habitual, y aún no se había incorporado el que guardaba la casa durante el día, tres hombres llamaron a la puerta de *José Antonio Bernal*. Dejó pasar a uno de ellos, vestido de clérigo, y que debía conocer. No se sabe lo que ocurrió en el interior, pero *Bernal* empujó al clérigo y escapó corriendo de la vivienda, seguido por los otros dos. A unos cincuenta metros tropezó y cayó al suelo. Uno de sus perseguidores le disparó en la cabeza. Era la segunda víctima.

¹⁷⁵ Vid. reportaje del dominical de El País del 01 de diciembre de 2013. “*El día más negro del CNP*”.

estadounidense con la consecuencia de que el día 27 de Marzo sería trasladado a *Bagdad* y encerrado en la prisión de *Abu Ghraib*. Casi un año después, el 17 de febrero de 2005, salió en libertad sin cargos. Para el CNI sigue siendo el principal sospechoso. La paradoja es que, en vez de impulsar su captura, Interior le prohibió entrar en *España*, y en los demás países del área *Shengen*, durante diez años; es decir, un tiempo excesivo para saber, si alguien lo hizo, quién vendió a los agentes del CNI.

XVII. DERECHO DE GENTES

XVII.1. Su génesis: los Estoicos, la cristiandad, la Escuela Salmantina y el problema de la guerra justa

Cuando en su momento tratamos de sus inicios vimos cómo los *estoicos* afirmaban *la existencia de una sola ley común a todos los hombres y por tanto de una sola patria universal común a todos ellos*¹⁷⁶. Pero es con el cristianismo y la escolástica de *Santo Tomás* cuando se reflexiona en que el fin del universo es su orden pacífico mismo llegando todos los seres a la unidad porque todos estamos dirigidos hacia el bien o la perfección¹⁷⁷. *Los dos límites fundamentales que la Iglesia trató de imponer fueron el de cristianizar el oficio de las armas y el de abreviar la duración de los combates*: Tal como afirma **FULLER**¹⁷⁸ el ideal del caballero cristiano era, pues, el de contribuir a la creación de una “*República christionorum*” en la cual se unieran la justicia y la paz. A estos efectos se constituían “ligas por la paz”, especie de asociaciones que agrupaban a miembros de todos los reinos cristianos, encargadas de velar por la aplicación de las leyes eclesiásticas. En este sentido, **EYMAR**¹⁷⁹ afirma que el cristianismo, por sus principios evangélicos, por la doctrina de los padres de la Iglesia y por el ejemplo

¹⁷⁶ De acuerdo con esta filosofía se proclamaba la igualdad de griegos y bárbaros, de nobles y plebeyos, de esclavos y libres, de ricos y pobres, al tiempo que se denunciaba el absurdo de una división de la humanidad en naciones hostiles entre sí. La ciudadanía en la ciudad universal estaba, pues, abierta a todos ya que se basaba en la razón, que es un rasgo común a cualquier hombre. La historia, gobernada por la providencia divina, según los *estoicos*, tiende hacia una comunidad universal regida por un sistema jurídico de ámbito mundial, compuesto de múltiples ramas locales y en la que todos tienen el sentimiento de pertenencia y concordia.

¹⁷⁷ Para *San Francisco de Asís* y *Ramón Llull* la naturaleza es un libro escrito con los caracteres de Dios. La paz, por tanto, más que una realidad es un ideal por el que hay que luchar, y el cristianismo aporta la base necesaria para atenuar la crueldad de las guerras del paganismo. Existe una vocación cristiana a la paz, y toda la actividad de la Iglesia durante la Edad Media no es sino una búsqueda de medios para llegar a realizar históricamente tal vocación. Se trata, al mismo tiempo, de establecer una dominación eclesiástica sobre el poder temporal y uno de los medios para lograrlo es el de que la guerra y la paz sean conducidas de conformidad con las leyes de la Iglesia. Puesto que la guerra no estaba prohibida, por considerársela inherente a la condición humana y fruto del pecado original, no quedaba otra solución que la de limitarla en sus efectos perniciosos.

¹⁷⁸ **FULLER, J.E.C.** (1949). *L'influence de l'armement sur l'histoire*, Paris, payot, p.76.

¹⁷⁹ **EYMAR.C.** (2001). Ob.cit.. p.45, y usando como bibliografía a **ALPHANDERY, H-G.** (1979), *Historia y Generalidades*, 2ª Ed. Madrid: Morata, p.27, y también **SAN AGUSTÍN.** (1980). *La Ciudad de Dios*. Madrid: BAC, I, 26.

de sus santos, es fundamentalmente una religión de paz, que se vio confrontada a una sociedad violenta y tuvo que adaptarse a ella. *Un puro pacifismo, la no utilización de las armas o la total pasividad ante las ofensas, se hacían en la Edad Media social y psicológicamente imposibles.* La vida religiosa exigía para llegar a desarrollarse unas ciertas garantías de seguridad, de tranquilidad externa. La salvación llega así a plantearse como una lucha no sólo contra los enemigos espirituales e internos, sino también contra los externos. *Poco a poco, se va matizando y afinando teóricamente, en términos cristianos, la legitimidad de un “derecho a matar”¹⁸⁰.*

La Escuela Salmantina y el problema de la guerra justa. Las particulares características de la península ibérica en el feudalismo, con la ocupación árabe, y todo el anterior acervo, da lugar a esta Escuela a raíz del descubrimiento del Nuevo Mundo y en plena época ya renacentista. Antes, y en plena Edad Media, a través del papel de la cristiandad en Las Cruzadas, con la formación de órdenes religioso-militares, se fraguaron los esbozos de un incipiente “*Derecho de la Guerra*”. Se inició con algunas proposiciones dispersas de *San Agustín* sobre las condiciones de “*la guerra justa*”, doctrina¹⁸¹ que luego sería sistematizada por *Graciano* (siglo XII) y por *Santo Tomás* en su “*Summa Teológica, Secunda Secundae*”. En 1360 un jurista italiano, *Giovanni de Legranno*, había compuesto un Tratado (“*De bello, de represaliis et de duello*”), que el jurista benedictino *Honoré Bovet* retornó para su Manual de “*Derecho de la guerra, el árbol de las batallas*”. Algunos tratadistas españoles, entre ellos el catalán *Francesc Eiximenis*,

¹⁸⁰ El soldado que por obediencia a su autoridad legítima mata a un hombre, nunca es reo de homicidio y si esto es así con respecto a la autoridad militar –dice *San Agustín*- ¡Cuánto más bajo la Autoridad del Creador!; se acepta que los monjes tomen las armas para defenderse, “más bien por amor y caridad fraterna” que para buscar la gloria; se comprende que no puede exigirse a los peregrinos el martirio y, por tanto, se les reconoce el derecho de llegar al término de su peregrinación aunque sea con sangre en las manos, como también se justifica la efusión de sangre para rechazar un ataque de los sarracenos. Con las restricciones de “*la justa causa*”, “*la legítima defensa*” y “*la restauración de la paz*”, el pensamiento cristiano de Occidente va integrando el derecho a matar como una de las libertades necesarias para su salvación. Es “la guerra contra el infiel”, la época de las Cruzadas, o lo que es lo mismo, el máximo exponente de lo que se conoce como el “*choque de civilizaciones*”; pero es que en la propia península ibérica la guerra contra los musulmanes tuvo la condición y las connotaciones de ser “*una guerra sagrada*” desde el siglo XI, espíritu que contribuyó a alimentar tal significación en otros sitios de Europa y también al origen de lo que en la Historia fue *la primera Yihad del Islam* es decir, su establecimiento en la época medieval.

¹⁸¹ *San Agustín* se había planteado cómo conciliar algunas de las tradicionales enseñanzas cristianas contra el uso de la fuerza, con la necesidad de defender al Imperio Romano-cristiano de la invasión de los vándalos. Frente a *Tertuliano* mantiene la licitud para los cristianos del servicio de las armas, y para justificarlo acude al pasaje del Evangelio en el que *Juan Bautista* aconseja a los soldados: “*no hagáis extorsión a nadie, ni denunciéis falsamente y contentaos con vuestra soldada*” (Lc 3,14). En cuanto al *Ius in bello* dirá “*No busques la paz para hacer la guerra sino haz la guerra para alcanzar la paz. Sé pues pacífico al guerrear, para que puedas llevar a la utilidad de la paz a aquellos a quienes vences*” (S.Agustín, Ad Bonifacium Ep.189 y también Sermón 138 Ad Marcellinum, obras citadas por Santo Tomás, Summa Theologica, Secunda Secundae, Quaestio 40, De bello, MAC, Madrid, 1979, y en la nota 16 de EYMAR, C.: (2001). “*De la Historia y*” (Ob. cit.), Cap.11, p.237.)

en el siglo XIV, junto con *Raimundo de Peñafort*, *Jaime Callís* o *San Vicente Ferrer*, prestaron también atención al problema de “la guerra justa”¹⁸².

Por lo que concierne al *ius in bello*, aparte del *principio general de humanidad*, ya en esta época los dos requisitos básicos en los que suelen coincidir los tratadistas son el *principio de proporcionalidad* (que en el uso de la fuerza prevalezca el bien sobre el mal y se cause el mínimo perjuicio) y el de *discriminación* (entre combatientes y los que no lo son, con la consiguiente prohibición de causar perjuicio o daño a los segundos). *A los efectos nuestros es importante* saberlo porque, aunque no se nombrase al terrorista como tal, si por las acciones que una persona pudiera cometer se le contempló ya entonces (aunque no lo fuera como una categoría así denominada), desde luego no se le podía encuadrar en la categoría de “combatiente” ni la de “no combatiente protegido”. En cualquier caso, la evolución sobre este problema estaba ya encaminada: hay que recordar que la idea cristiana de Dios, va sufriendo una traducción política en el poder civil hasta transformarse en paz “*del reyno*”. No es ya la iglesia, sino el Rey el que se erige en garante de la paz. Por eso la repercusión científica del descubrimiento supuso, otra vez, un hito para el *Derecho Internacional Público* a través del nacimiento de la Escuela de Salamanca. *Francisco de Vitoria*, *Domingo de Soto*, *Luis de Alcalá*, *Martín de Azpilcueta*, *Tomás de Mercado* o *Francisco Suárez*, todos ellos *iusnaturalistas* y moralistas, contribuyeron a la tarea de reconciliar la doctrina tomista con el nuevo orden social y económico.

Los temas de estudio se centraron principalmente en el hombre y sus problemas prácticos (morales, económicos, jurídicos...), aunque no se trata ni mucho menos de una doctrina única aceptada por todos, como lo prueban los desacuerdos o, incluso, las agrias polémicas entre ellos, que demuestran la vitalidad intelectual de la Escuela. *A nuestros efectos* sobre el estudio del terrorismo y sus causas importa saber, no obstante, fundamentalmente su teoría del libre albedrío: Una idea por entonces revolucionaria entre las desarrolladas por los salmantinos fue que se puede hacer el mal aunque se conozca a Dios, y se puede hacer el bien aunque se le desconozca. Es decir, *la moral no depende de la divinidad*. Esto resultaba especialmente importante para el trato con los paganos, ya que el hecho de que no fuesen cristianos no suponía que no fuesen “buenos”. Puesto que la libertad

¹⁸² Para que pueda considerarse justa son necesarios tres requisitos según la doctrina oficial de la Iglesia hasta aquel momento: Primero el de ser ordenada y dirigida por quien posee “*la autoridad legítima*”, puesto que la obligación de las personas privadas es la de obedecer y estar sometidas a la autoridad. Segundo la de tener “*justa causa*”, entendiendo por tal la existencia de una previa injuria. Por último, la de obedecer a “*una recta intención*”, esto es, la de promover un bien o evitar un mal. En cuanto a si es lícito el empleo de insidias contra el enemigo, o incumplir la palabra dada en los Tratados de Paz la respuesta es negativa puesto que los enemigos son “prójimos”, otra cosa son las ocultaciones y estratagemas contra el enemigo que sí pueden ser utilizadas en las guerras justas.

es concedida por el mismo Dios a cada hombre, no es necesario que el hombre actúe eligiendo siempre el bien. La consecuencia es que el hombre puede provocar *voluntariamente* el mal.

La doctrina jurídica de la Escuela de Salamanca significó el fin de los conceptos medievales del Derecho, con la primera gran reivindicación de la libertad, inusitada para la Europa de la época¹⁸³.

Téngase en cuenta que en las minas del *Potosí*, y de ahí el dicho (“¡*Vale un potosí...!*”), se utilizaron esclavos para extraer el oro. Mientras que *la corona inglesa* mantenía **la teoría del poder real por designio divino** (el único receptor legítimo de la emanación de poder de Dios es el rey), de manera que los súbditos sólo podían acatar sus órdenes para no contravenir dicho designio, diversos integrantes de *la Escuela* sostuvieron a través de **la Teoría contractualista** que el pueblo es el receptor de la soberanía, el cual la transmite al príncipe gobernante según diversas condiciones: *los hombres nacen libres por su propia naturaleza y no siervos de otro hombre*, y pueden desobedecer e incluso deponer a un gobernante injusto. Para *Suárez*, por ejemplo, la forma de gobierno natural es *la democracia*, mientras que *la oligarquía o la monarquía* surgen como instituciones secundarias, que son justas si las ha elegido el pueblo. La guerra sólo es “justa” para evitar un mal mayor, es decir, como un simple estado de necesidad.

Por su parte, junto a la anterior Teoría de la Guerra justa *Francisco de Vitoria*¹⁸⁴ desarrolló la Teoría del Derecho de Gentes¹⁸⁵, es decir, el bien común del orbe es de categoría superior al bien de cada Estado. Esto significó que las relaciones entre Estados debían pasar de estar justificadas por la fuerza a estar justificadas por el Derecho y la Justicia. Se quería así superar el concepto de “extranjería”

¹⁸³ Los *derechos naturales* del hombre pasaron a ser, de una u otra forma, el centro de atención, tanto los relativos al cuerpo (derecho a la vida, a la propiedad) como al espíritu (derecho a la libertad de pensamiento, a la dignidad). La Escuela de Salamanca reformuló el concepto de “*Derecho natural*”. Éste surge de la misma naturaleza, y todo aquello que exista según el orden natural comparte ese derecho. La conclusión obvia es que, puesto que todos los hombres comparten la misma naturaleza también comparten los mismos derechos como el de igualdad o de libertad. Así, frente a la concepción predominante en España y Europa de los indios de América como infantiles o incapaces, una gran novedad fue el reconocimiento de sus derechos, como el derecho a la propiedad de sus tierras o a rechazar la conversión por la fuerza.

¹⁸⁴ En “*De iure belli hispanarum in barbaros*” (1539) sigue la concepción tomista expuesta antes, pero rechaza como “justa causa” para iniciar la guerra la diversidad de religión, el deseo de ensanchar el territorio y la gloria y el interés particular de un príncipe.

¹⁸⁵ Su síntesis más acabada llegó con **Grocio** en “*De iure belli ac pacis*” (1625). Distinguió entre guerras “públicas” y “privadas”, de forma que la condición de justa solo se predica de las públicas, es decir, la que tiene por autor al que posee el poder supremo de una comunidad determinada y cumple una serie de requisitos formales. Entre las causas lícitas de las guerras públicas cita la defensa, la recuperación de las cosas y el castigo. En cuanto a la defensa admite la legitimidad de la ayuda prestada a quien ha sufrido una ofensa, pero se opone a la legitimidad de la llamada “defensa preventiva” que, con el pretexto de evitar agresiones futuras, trata de disminuir una potencia en crecimiento.

característico del *Ius Gentium* propio del Derecho romano, y que con el tiempo se disolvió con su *Ius civile*. Otra teoría que formularon, precisamente con motivo de la conquista, fue la del “justo título”: Se analizó si existían motivos que justificarían algún tipo de dominio sobre las tierras descubiertas. *Vitoria* encontró hasta siete títulos legítimos de dominio¹⁸⁶.

XVII.2. Concepto

Sobre las anteriores bases, y recogiendo su síntesis, puede decirse que el Derecho de Gentes, que se forma por el concurso de la inteligencia y de la conciencia humana, en tanto en cuanto la Justicia es una, como la verdad, es por virtud de las simples relaciones de los pueblos moralmente obligatorio para toda Nación, y se define¹⁸⁷ como *“la justicia en las relaciones de todos los hombres, a cualquier Nación que pertenezcan”*, de forma que positivamente se refiere al *“conjunto de leyes, tratados, convenios, principios, admitidos tácita o expresamente, y usos generalmente seguidos por las naciones cultas, en sus relaciones mutuas, ya de nación a nación, de una nación a un súbdito de otra, o entre súbditos de naciones distintas”*.

XVIII. SUS PRINCIPIOS

XVIII.1. En el ámbito de la guerra

En materia de **leyes de la guerra** los Principios del Derecho de Gentes se resumen en saber: (1) que *las vías de hecho* contra los súbditos pacíficos del contrincante que se hallen en el territorio propio son un atentado naturalmente condenado, así como (2) *su expulsión y despojo*, hasta el punto de que conservan íntegro sus derechos de crédito que puedan tener contraídos; que (3) *terminada la lucha* su derecho de obligaciones no prescribe y lo pactado obliga a menos que

¹⁸⁶ El primero que señala, quizá el fundamental, está relacionado con la comunicación entre los hombres, que constituyen en conjunto una sociedad universal. El *ius peregrinandi et degendi* es el derecho de todo ser humano a viajar y comerciar por todos los rincones de la tierra, independientemente de quién sea el gobernante o cuál sea la religión de cada territorio. Por ello si los indios no permitían el libre tránsito, los agredidos tenían derecho a defenderse, y a quedarse con los territorios que obtuvieran en esa guerra. El segundo título hace referencia a otro derecho cuya obstaculización también era una causa de guerra justa. Los indios podían rechazar voluntariamente la conversión, pero no impedir el derecho de los españoles a predicar, en cuyo caso la situación sería análoga a la del primer título. Sin embargo *Vitoria* hace notar que aunque esto sea causa de guerra justa, no necesariamente es conveniente que así ocurra por las muertes que podría causar. Los siguientes títulos, de mucha menor importancia, son (3) si los soberanos paganos fuerzan a los conversos a volver a la idolatría, (4) si hay un número suficiente de cristianos conversos pueden recibir del Papa un gobernante cristiano, (5) Si hay tiranía o daño hecho a inocentes (sacrificios), (6) por causa de socios y amigos atacados, como los *tlaxcaltecas*, aliados de los españoles pero sojuzgados, con otros muchos pueblos, por los aztecas, y (7) el último título legítimo, aunque calificado por el propio *Vitoria* de dudoso, es la carencia de leyes justas, magistrados, técnicas agrícolas, etc. En todo caso, siempre sería con caridad cristiana y para utilidad de los indios.

¹⁸⁷ Vid. **ARENAL, C.** (1895). *Ensayo sobre Derecho de Gentes*. (Biblioteca virtual Miguel de Cervantes). [www.cervantesvirtual.com]. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra.

la guerra haya hecho daños o realizado cambios que hagan imposible el cumplimiento de la obligación; y que (4) los *súbditos beligerantes* tienen derecho a continuar sus relaciones mercantiles y otras pacíficas hasta donde sea posible porque los Gobiernos no lo tienen para impedirlos, *a menos que sea indispensable a las operaciones militares, y para conseguir o abreviar el fin de la guerra, que es hecha de Estado a Estado* y, por tanto, sus relaciones pacíficas están sólo *entre ellos* interrumpidas.

XVIII.2. En materia penal y su problema espacial

El estado de la cuestión (ante el problema espacial de la ley y en aras de su aplicación) sobre **sus principios** clásicos en materia penal, de formalidades judiciales y competencia de los Tribunales, y sobre la idea evolutiva de que progresivamente en el tiempo se va ya desde la soberanía estatal hacia la transnacionalidad, y del Estado al individuo, cada vez más, son en un principio los siguientes:

1. La ley penal es territorial¹⁸⁸ y personal¹⁸⁹ a la vez.
2. Aunque haya autores que nieguen al Estado el derecho de penar las infracciones cometidas fuera de su territorio, la mayor parte de los legisladores criminales autorizan hasta los procedimientos contra extranjeros que han cometido fuera del territorio crímenes contra la Seguridad del Estado y sus instituciones fundamentales.
3. La ley del lugar de los procedimientos es la única aplicable al castigo del hecho ilícito imputado, con tal de que esté comprendida en las disposiciones de dicha Ley. Se trata de referirse a la *Regla de la doble incriminación*.
4. Aunque la opinión de muchos autores antiguos era que la ley *donde se ha consumado* el delito sería la única aplicable, casi todos los autores modernos, y los últimos Códigos, han establecido el principio contrario: la pena debe considerarse como consecuencia de una obligación *ex lege*, contraída con el Estado que ordena los procedimientos. Semejante a la *Teoría de la ubicuidad*, con arreglo a la cual, puede considerarse cometido el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como en aquél en el que se ha producido el resultado.
5. Cuando una infracción es justiciable en varios Estados, los procedimientos comenzados en un territorio no constituyen ninguna especie de prioridad. Las reglas de litispendencia, no siendo obligatorias en materia penal, se basan en que la misma infracción que ha sido penada o absuelta en un

¹⁸⁸ Es territorial en el sentido de que comprende todas las personas que se hallan en el territorio, así naturales como extranjeros.

¹⁸⁹ Es personal en el sentido de que sigue a los naturales y reprime las infracciones que hayan podido cometer fuera del territorio.

territorio podría perseguirse en otro, a menos que no se opusiera a ello la humanitaria máxima *Non bis in idem*.

6. La justicia penal, siendo esencialmente territorial, considera que ningún Estado autoriza en su territorio la ejecución de fallos dados en materia criminal por Tribunales extranjeros, contra la persona o bienes de un individuo¹⁹⁰. Ya no, como veremos.
7. La validez, en cuanto a las formas de los trámites de la instrucción seguidos ante un Tribunal extranjero, se aprecia por las leyes del lugar en que la causa se ha incoado. Este principio se reconoce en casi todos los países; pero no se sigue de aquí que los Tribunales están obligados a dar por sentados los hechos admitidos por los extranjeros.
8. Entre las consecuencias del estatuto legal de los crímenes establecidos por reglas de Derecho Cogente se cuentan, según **CHERIFF BASSOUNI, M.**¹⁹¹, las siguientes obligaciones imperativas de los Estados:“(...) *el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad, la exclusión de toda inmunidad, comprendida la de los Jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la “obediencia debida” (salvo circunstancia atenuante), la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra, su no derogación bajo los “estados de excepción” y la jurisdicción universal.*”

XIX. PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN REGIR LA ACTITUD DE LOS ESTADOS FRENTE AL TERRORISMO INTERNACIONAL

Los han llegado a formular **CARRILLO SALCEDO y FROWEIN**¹⁹² en 1988. Cabe comentar en estos puntos, tal como vimos en el famoso *caso Blackwatter*, y pese a que siempre ha habido la externalización de algunas funciones, que pese a que desde una perspectiva histórica la excepción son los ejércitos de reemplazo,

¹⁹⁰ Se admite hoy generalmente este principio, del cual solo por medio de Tratados se puede prescindir, y que conserva toda su fuerza hasta en los Estados federales. Los juicios no producen efecto en país extranjero, sino en cuanto a las incapacidades civiles que resultan de ellos para los naturales juzgados en su país. No obstante, la represión de las infracciones de las leyes criminales, siendo generalmente de interés común, ningún Estado, al ser requerido en regla por las Autoridades extranjeras competentes, rehúsa fácilmente su apoyo para la investigación de los crímenes y captura de los criminales. Pero también puede rehusarla concediendo su protección a los acusados, facultad que no le ha de denegar, siendo el único Juez de la justicia y oportunidad de los procedimientos.

¹⁹¹ Citado por **MATTAROLLO, R.** (2001). *La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad*. Primer número de la Revista de DDHH del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Universidad Nacional de Lanus. (Rebelión Derechos Humanos, de 29 de Julio, apartado IV relativo a la cuestión de las penalidades específicas en el Derecho Penal Internacional).

¹⁹² **CARRILLO SALCEDO, J.A Y FROWEIN, R.** (1989) *Les Aspects Juridiques du Terrorism International, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye*, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989. Vid Anexo I.

o incluso profesionales, resulta novedosa¹⁹³ la dejación de ciertos gobiernos de funciones inherentes a la soberanía propia de sus Estados, como son la seguridad y el uso de la fuerza, en manos de actores privados o mercenarios. Corren con ello el riesgo de violar derechos humanos y parece imperiosa la necesidad de hacerlas responsables jurídicamente por sus actos: a ellas como corporaciones; a los individuos empleados por ellas que cometan actos delictivos; y a los gobiernos que las contratan o que las permiten operar, según el caso. Además está el problema específico en que dichos contratistas ejercen prerrogativas del poder público, muy singularmente el uso de la fuerza armada.

El planteamiento de tal responsabilidad por los EE.UU con ocasión del caso *Blacwatter* en el conflicto de Iraq tuvo consecuencias legislativas: por un lado, el Congreso reformó la *Ley de jurisdicción Militar Extraterritorial* en el sentido de que estas empresas y contratistas estarían desde entonces sujetos a las leyes norteamericanas. Por otro lado, el gobierno de *Iraq* aprobó una Ley que debería reemplazar la Orden 17 de 2004 del procónsul *Bremer* y que tendría por efecto retirar la inmunidad a las empresas de seguridad extranjera.

Aunque estas empresas no son sujetos de Derecho Internacional y aunque no forman parte de las fuerzas armadas regulares ni sus empleados reúnen las condiciones para ser combatientes, los Estados que les contratan les deben obligar a saber que tienen que respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario so fin de evitar una preocupante impunidad (en su favor) que puede explicarse por Tratados que, pensados más para soldados regulares, incluso impiden iniciar procesos contra ellas ante la Corte Penal Internacional. La responsabilidad internacional última, pues, es del Estado soberano que las contrata, pero no cabe duda que el contratista individual también puede incurrir en ese tipo de responsabilidad de manera individual. El mayor inconveniente reside en que dicha responsabilidad ante la Corte Penal Internacional sólo la contempla para los crímenes internacionales más graves (*genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*) y que la Corte Penal Internacional, como se verá más adelante, sólo tiene jurisdicción complementaria y subsidiaria respecto de

¹⁹³ SAURA ESTAPÀ, J. (2010). *Las empresas militares y de seguridad privada ante el Derecho Internacional de los derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí*. Revista electrónica de estudios internacionales [www.reei.org], Ob.cit, apunta en sus reflexiones como causas de esta novedad. 1. La generalizada ola privatizadora del sector público, unido al menor tamaño de éste, ha llegado al sector de la defensa. La externalización se justifica en términos no solo económicos, sino también por la propia reducción de efectivos militares consecuencia del final del reemplazo obligatorio. 2. La disponibilidad de armamento y de personal militar cualificado y sin empleo, como consecuencia del final de la guerra fría y del desmantelamiento de la Unión Soviética y regímenes aliados. 3. La naturaleza de las nuevas misiones de los ejércitos. En términos políticos, apenas tienen repercusiones entre la opinión pública si los heridos o fallecidos pertenecen a compañías privadas de seguridad. 4. A los éxitos de algunas de estas empresas y, en el caso de *Iraq*, las erradas previsiones del gobierno estadounidense en la guerra y la disponibilidad de fondos de la exportación del petróleo tras la invasión de Kuwait en 1990.

individuos cuyos Estados de nacionalidad o del territorio en el que se han cometido los crímenes sean parte en el estatuto de Roma de 1998, que no lo son todos (así los *EE.UU* y la propia *Iraq*).

XX. LAS OBLIGACIONES ESTATALES

Hugo Grocio y las Naciones Unidas las resumieron en el principio “**aut dedere aut punire**” Debido al carácter internacional de muchos de los delitos terroristas, según veremos a continuación, al acometer la tarea de elaborar Convenciones para luchar contra ellos, en los sesenta del siglo pasado, las Naciones Unidas tuvieron que acudir a los planteamientos *ius* internacionalistas propios de la Escuela de Salamanca y de este autor del siglo XVII, *Hugo Grocio*, hasta el punto de retomar su idea para solucionar un mismo problema de soberanía estatal que en el tiempo siempre se repite, esto es, *que el Estado en cuyo territorio se hubiese cometido el delito no podría emprender actos soberanos en el territorio de otro y tampoco podría, por tanto, ordenar la aprehensión del autor del delito en territorio extranjero*. Su planteamiento para solucionarlo tomaba cuerpo en los conocidos términos de una obligación disyuntiva: “*aut dedere aut punire*”, con lo que esta obligación estatal alternativa de tener que extraditar o enjuiciar fue concebida ya desde entonces como el deber principal en torno al cual girarían el resto de obligaciones. Su aplicación en el ámbito delictivo no suele plantear problemas, salvo en tiempo de guerra y, en tiempo precisamente de paz, en la lucha contra el terrorismo internacional.

XX.1. Las obligaciones en conflictos armados

XX.1.1. La aplicación del principio “aut dedere aut iudicare”

En tiempo de guerra y, en su caso, a los Movimientos de Liberación Nacional (MLN), en base al art.12¹⁹⁴ de la Convención contra la Toma de Rehenes. Los trabajos en *Nueva York* para la confección de la Convención¹⁹⁵ contra la toma de

¹⁹⁴ “Siempre que los Convenios de Ginebra de 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 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I de 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 las 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 las Naciones Unidas.”

¹⁹⁵ **Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979**, que entró en vigor con carácter general el 3 de junio de 1983, y para *España* el 25 de abril de 1984, de conformidad con lo dispuesto en su **artículo 18**. Fue adoptada por la *Asamblea General* de las Naciones Unidas en su **Resolución 34/146, de 17 de diciembre de 1979**, y abierta a la firma (en *Nueva York*), ratificación y adopción el 18 de diciembre del mismo año.

rehenes coincidieron con la Conferencia sobre los dos¹⁹⁶ Protocolos Adicionales de 1977 en materia de conflictos armados. La Convención de Nueva York sobre toma de rehenes tuvo así ocasión de referenciar las normas recogidas en los cuatro¹⁹⁷ Convenios de *Ginebra* de 1949 y se inició un debate¹⁹⁸ entre los Estados occidentales y los Estados no alineados en torno a *cuál sería el tratamiento a aplicar a los actos de tal cariz que fuesen cometidos por los Movimientos de Liberación Nacional (MLN)*, es decir:

¿Justifica la lucha de liberación nacional unos actos terroristas tales como la toma de rehenes u otros similares? La respuesta sería finalmente negativa porque la guerrilla no es el terrorismo como tal. En los setenta del pasado siglo, con ocasión de **la descolonización**, hubo intentos normativos en el ámbito del Derecho de los conflictos armados por legitimar esta clase de lucha, la guerrilla, a veces de difuso deslinde con la terrorista. En este último sentido podría decirse, *a priori*, que el terrorismo es singular respecto a la guerrilla, aunque tampoco lejano a ella, como tampoco al fin y al cabo con la guerra en sí, sea del tipo que sea, porque si bien no se trata de una violencia de muchedumbres o de insurrección en masas *sí puede ser un simple método, simultáneo o no a la conducción de unas hostilidades*, es decir, en paz o en guerra, por el que un partido o grupo organizado trata de alcanzar sus explícitos objetivos *políticos* principalmente mediante el uso *sistemático* de la violencia. El terrorismo se trata así de una violencia “*extra normal*”, con connotaciones simbólicas, concretada en su arbitrariedad o ausencia de límites, imprevisible o clandestina, que aparece como un continuo entre el orden interno e internacional, cuya finalidad es provocar terror no sólo a sus víctimas, finalidad *que la distingue del terror de figuras afines* como puedan ser la propia violencia política, el tiranicidio, el anarquismo, el asesinato político o *la propia guerrilla*.

Respecto a esta última, entre los intentos normativos que fructificaron a la hora de legitimar esta difusa clase de lucha, *la guerrilla*, está el **Protocolo Adicional I** de 1977 anexo a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aplicable **para los**

¹⁹⁶ **Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, y Protocolo II adicional a los convenios de ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.**

¹⁹⁷ I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas **en campaña**, 1949.

II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas **en el mar**, 1949.

III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los **prisioneros de guerra**, 1949.

IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las **personas civiles** en tiempo de guerra, 1949.

¹⁹⁸ El artículo de **VERWEY, W.D** (1981). “*The International Hostages Convention and National Liberation Movements*”, AJIL. Vol.75, 1981, pp.69-92, constituye una fuente inestimable para el conocimiento de todo lo que en ese debate aconteció.

conflictos internacionales. Legítima como combatiente (legítimo) al guerrillero, si bien tiene considerablemente ampliada (art.11 y 85.3) la lista de sus actos que -al igual que al soldado de un ejército regular- serían considerados como graves infracciones de las leyes de la guerra, siendo destacables a nuestros efectos la letra a y f, es decir: *hacer de la población civil o de personas civiles objetivos de ataque y realizar perfidia, en violación del art.37, utilizando distintivo o emblema de la cruz, luna, sol o león rojos, o de otros signos de protección reconocidos por las Convenciones o Protocolos.*

El **II Protocolo**, aplicable a los conflictos armados **de carácter no internacional**, también estipula (**art.4** sobre “garantías fundamentales”) que los siguientes actos realizados contra quienes no participan directamente o contra quienes hayan dejado de tomar parte en las hostilidades están por siempre prohibidos en cualquier tiempo y lugar, siendo destacables a nuestros efectos la letra c, d y h, es decir: *La toma de rehenes; Los actos de terrorismo; y La amenaza de cometer cualquier de los actos anteriores.* Además, el art.13¹⁹⁹ estipula que la población civil, así como del mismo modo las personas civiles, no serán objeto de ataque. Están prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya primera finalidad sea provocar el terror entre la población civil. Finalmente, bajo el art.3 común a los cuatro Convenios de *Ginebra*, en un claro manifiesto del Derecho nuclear de Gentes, el requerimiento de trato humanitario incluye las reglas de *la Haya* sobre la protección de los no combatientes²⁰⁰.

En este sentido, dentro del contexto del debate planteado se observó que al contemplar a la guerrilla y su regulación normativa los Protocolos de 1977 no suponen una garantía completa contra la posible inmunidad de ciertos actos de toma de rehenes en tiempo de conflicto armado, como, efectivamente, así es, si se malinterpreta que la guerrilla como lucha justifica tales toma de rehenes que, en realidad, son más propias del terrorismo de por sí. Esto es así porque en el replanteamiento global de la cuestión los países no alineados recordaban la legitimidad de la lucha de los Movimientos de Liberación Nacional y entendiendo que debían de tener inmunidad por cualquiera de sus actos, así cuando tomaban rehenes, *se oponían a que la futura Convención contra la toma de rehenes pudiese perjudicar aquel derecho.* Sin embargo, el error de fondo que latía en muchas delegaciones, tal como pone de manifiesto **ABAD CASTELOS**²⁰¹, era que el

¹⁹⁹ Vid Anexo I.

²⁰⁰ Cf. **BOND** (nota 45), p.348; **PAUST** (nota 68), 9 *et seq.*; id., *Terrorismo y Derecho Internacional de la Guerra*, en “*Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*” vol.13 (1975), pp.13-43; **W. THOMAS MALLISON/SALLY V. MALLISON**, (1978) *The Control of State Terror through the Application of the International Humanitarian Law of Armed Conflict*, en: **Marius H. Livingston** (ed.), *International terrorism in the Contemporary World*, Londres, pp.323-332.

²⁰¹ **ABAD CASTELOS. M.** (1997). *La Toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho Internacional*. Madrid: Ministerio del Interior, p.257 *ut supra*. Aunque, en efecto, a los Movimientos de Liberación Nacional les pueda asistir en su caso una “**justa causa**” que tenga el

argumento de la imposibilidad de poner en duda la legitimidad de la lucha por la liberación nacional en casos de dominación colonial, racista o extranjera a través de la nueva Convención no podía extenderse, como aquéllas pretendían, hasta excluir de su ámbito los actos de toma de rehenes cometidos por los Movimientos de Liberación Nacional en el curso de sus confrontaciones contra el régimen opresor establecido. Es decir, pronto los países occidentales se dieron cuenta de la falacia de ese argumento porque la Comunidad Internacional no admite **en ningún caso** (“*en cualquier tiempo y lugar*”) la toma de rehenes o actos (terroristas) similares tales como los desvíos de aeronaves, las infracciones contra los agentes diplomáticos, la utilización de gases venenosos o de balas explosivas, ni siquiera en tiempo de guerra, sea la que sea; son actos odiosos tal como pone de manifiesto al prohibir la toma de rehenes el art.34 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles y, en todo caso, la *Cláusula Martens* del art.3 común a los cuatro Convenios suizos, según hemos transcrito también para conflictos no internacionales. *Otra cosa es que esta legislación de guerra recoja o no de forma expresa la obligación de extraditar o enjuiciar como sí lo hace la Convención contra la toma de rehenes para cualquier supuesto, incluso de guerra.* Así por ejemplo, el art.3 común²⁰² a los cuatro Convenios de Ginebra no lo hace.

efecto de legitimar su lucha, tal derecho no legitima cualquier método de combate. La excepción a la proscripción del recurso a la fuerza en que tales movimientos pueden ampararse se refiere, en cualquier caso, al *ius ad bellum*, pero aquella legalidad que cubre su posible recurso a la fuerza no alcanza a legitimar todos los medios y métodos de combate empleados en el *ius in bello*.

En igual sentido *vid* **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). Loc.cit. pp. 63-74. A su juicio “(...) *el reconocimiento de un derecho a la resistencia no está en contradicción con la elaboración de un DI de un marco jurídico para la prevención y represión de los actos y actividades terroristas, porque no todo acto de violencia es legítimo en una lucha de liberación nacional: esto es, los actos terroristas no pueden considerarse como instrumentos lícitos de la lucha de liberación nacional*”. En este sentido mantiene su opinión sobre el ejemplo de la renuncia pública de Yasser Arafat al terrorismo como instrumento de la lucha de liberación nacional, formulada ante la Asamblea General de la ONU reunida en sesión extraordinaria en Ginebra el 14 de diciembre de 1988, y que de algún modo –dice– abrió el camino para el proceso de Paz en Oriente Medio.

²⁰² “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, **como mínimo**, las siguientes disposiciones:1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, **se prohíben, en cualquier tiempo y lugar**, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;b) la toma de rehenes;c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. **La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.**”

Al final, y aunque pueda haber algún Texto Convencional bélico que pueda no recogerla expresamente, lo que debe de quedar claro es que el art.12 de la Convención contra la Toma de Rehenes, además de acoger en su campo de aplicación todos los delitos de toma de rehenes que, respondiendo a la tipificación establecida en su art.1, se cometan en tiempo de paz, *alcanza a colocar también bajo su ámbito igualmente los delitos de toma de rehenes que sean cometidos en situación de conflicto armado*, si las normas convencionales en principio aplicables a tales delitos no aseguran la aplicación de la obligación *aut dedere aut iudicare*. La importancia histórica, pues, de este art.12²⁰³ de la Convención contra la toma de rehenes es que, a efectos del instituto de la extradición sobre todo, es el único que aborda la relación entre las normas de Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional Humanitario, complementándolos para caso de laguna del segundo siempre que en el delito de la toma de rehén haya un elemento de internacionalidad que lo caracterice como tal²⁰⁴.

En cualquier caso, dejando a un lado cualquier estado doctrinal de la situación, a nivel del Derecho positivo del Derecho de la guerra lo cierto es que el principio

²⁰³ “Siempre que los Convenios de Ginebra de 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 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I de 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 las 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 las Naciones Unidas.”

²⁰⁴ Vid en Anexo I el comentario de **ASTON, C.** (1982) - *The United Nations Convention Against the Taking of Hostages: Realistic or Rhetoric?, Terrorism: An International Journal*, Vol.5,1981-82,p.139 y ss.- y **WARDLAW, G.** (1986) -*Polytical Terrorism, Theory, Tactics and Countermeasures*, Second Edition, Cambridge University Press,p.113. En España fue traducida por D. Fernando Cano.- sobre este precepto.

aut dedere aut iudicare se recoge en los arts.146²⁰⁵ y 147²⁰⁶ del IV Convenio y 49²⁰⁷,50²⁰⁸ y 129²⁰⁹ del I, II y III Convenio de 1949 respectivamente, preceptos que son clave del régimen jurídico aplicable para la represión sólo de aquellas violaciones que constituyan “*infracciones graves*” de los Convenios ginebrinos. Según el Derecho de los conflictos armados, la “toma de rehenes”, si se cometiere contra personas protegidas por el Convenio, las personas civiles, dará lugar a la obligación - para el Estado en cuyo territorio se halle el presunto autor de tal acto- de hacer comparecer al acusado ante su propia jurisdicción o entregarlo a otro Estado Parte que, igualmente, haya imputado a tal persona suficientes cargos, *siempre que el presunto delito se haya cometido en supuestos de conflicto armado internacional* tal como se describe en los mismos Convenios, a los cuales estos instrumentos son aplicables y el acto prohibido se haya dirigido contra personas civiles protegidas por el IV Convenio. No están protegidos por tal Convenio ni los

²⁰⁵ Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. ***Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.*** Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

²⁰⁶ Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: *el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.*

²⁰⁷ Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

²⁰⁸ Igual que en nota anterior: mismo Texto.

²⁰⁹ Igual que en nota anterior: mismo Texto.

nacionales de un Estado neutral que se hallen en el territorio de un Estado beligerante, ni los nacionales de un Estado co-beligerante, *mientras los Estados de que sean súbditos estas dos últimas categorías de personas mantengan representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder se encuentren sus ciudadanos*. Por otra parte, debe añadirse que el régimen de represión de las violaciones graves previsto en el IV Convenio no será aplicable si el acto de toma de rehenes es llevado a cabo por individuos privados que no tengan la calidad de agentes de una de las partes contendientes en el conflicto, pues así se desprende de los comentarios²¹⁰ del Comité Internacional de la Cruz Roja a las disposiciones que disponen una prohibición al respecto.

La conclusión es que de los instrumentos de Derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos internacionales y de la Convención de Nueva York sobre la toma de rehenes de 1979 se deriva la posibilidad de una reglamentación doble o paralela para el tratamiento de los posibles delitos de toma de rehenes que se cometan en situación de un conflicto internacional. Así, por una parte, para los actos de toma de rehenes cometidos en situaciones de conflicto internacional, que tengan como sujeto pasivo a personas civiles y como sujeto activo a combatientes u otras personas de cualquier modo incardinadas en la estructura de mando de uno de los contendientes, deberá desencadenarse el régimen de competencia penal universal de conformidad con el IV Convenio (art.146²¹¹). Por otra parte, en la toma de rehenes que estén fuera de esas coordenadas deberá aplicarse, en cambio, el régimen de jurisdicción universal previsto en el art.8²¹² de la Convención

²¹⁰ Commentary to the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Dir. **J.S.Pictet**, C.I.C.R, Geneva 1958, pp.229 y 230. Art.34 de la IV Convención: "(...) *generally speaking, hostages are nationals of a belligerent State who of their own free will or through compulsion are in the hands of the enemy and are answerable with their freedom or their life for the execution of this orders and the security of his armed forces*".

²¹¹ Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. ***Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.*** Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

²¹² "1. El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no concede su extradición, estará obligado a someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con el derecho de tal Estado. 2. Toda persona respecto de la cual se entable un procedimiento en relación con cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1 gozará

de 1979, viniendo así a cubrir, las lagunas de los Convenios de Ginebra, y cumpliendo por tanto la misión de complementación que le encomienda su art.12. Aquí encajarán, por tanto, los casos en que se produjera la captura y trato como rehenes de personas protegidas por los tres Convenios primeros de Ginebra, a las cuales, sin embargo, no se les extiende el beneficio de la prohibición contra dichos actos. Por una parte, se trata de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña y de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en la mar que hayan dejado de participar en las hostilidades. Por otra parte, se trata de los prisioneros de guerra. De todas formas, esta última situación se ha alterado, a partir de 1977, para los Estados Partes en el Protocolo Adicional I, en la medida en que a través de este instrumento se ha venido a ampliar las categorías de personas protegidas. A tenor de su art.85²¹³, se trata del personal sanitario o religioso. Por lo cual, los actos de toma de rehenes cometidos contra esta clase de personas pueden tener el efecto de relegar la aplicación de la Convención de 1979, si los Estados afectados son Partes en el Protocolo I.No obstante, *puede haber casos dudosos*: **VERWEY**²¹⁴, por ejemplo, plantea el caso de los combatientes cercados que aún no han alcanzado el estatuto de prisioneros de guerra. Para tal hipótesis²¹⁵ **ABAD CASTELOS**²¹⁶ entiende que si los miembros de las fuerzas armadas no han pasado a convertirse en prisioneros aún porque no se les ha apresado materialmente, podría argüirse que tampoco se habría producido el correlativo acto de apoderamiento o detención en el sentido del art.1²¹⁷ de la Convención de 1979, necesario para que tal actuación constituya el delito en ella tipificado. De todas formas, opina que la privación de libertad de

de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos en el derecho del Estado en cuyo territorio se encuentre.”

²¹³ Según el párrafo nº 2: “Se entiende por infracciones graves del presente Protocolo los actos descritos como infracciones graves en los Convenios si se cometen contra personas en poder de una Parte adversa protegidas por los artículos 44, 45 y 73 del presente Protocolo, o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por el presente Protocolo, **o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios** que se hallen bajo el control de la Parte adversa y estén protegidos por el presente Protocolo.”

²¹⁴ **VERWEY, W.D** (1981). Ob. cit. p.80.

²¹⁵ Por ejemplo, salvando las distancias, si acudimos retrospectivamente a la Historia de España, en la defensa del Alcázar de Toledo por los “nacionales” en la guerra civil, hay dos supuestos que a pesar de enmarcarse ambos hechos en un mismo contexto nos haría pensar además en la distinta calificación legal: uno, el asalto, y otro la toma anterior de rehén del hijo del Coronel *Moscardó* y las circunstancias de su ejecución por el bando republicano. El primer hecho podría considerarse un acto de asalto lícito y el segundo una ejecución ilícita de prisionero rehén.

²¹⁶ **ABAD CASTELOS.M.** (1997). Ob. cit. p.280, en nota 112, cuarto párrafo.

²¹⁷ 1. *Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará "el rehén") o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención.*

2. *Toda persona que: a) intente cometer un acto de toma de rehenes, o b) participe como cómplice de otra persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes comete igualmente un delito en el sentido de la presente Convención.*

movimientos que se producirá en el supuesto imaginado podría ser como típicamente inherente a los instantes que preceden, en muchas ocasiones, a un ataque contra un objetivo militar legítimo, como sería el caso expuesto, pues matar en tal situación sí sería un acto lícito de guerra y, por tanto, también consideramos que igualmente impune. En la práctica internacional reciente podemos encontrar algún supuesto de toma de rehenes cometido en situación de conflicto armado internacional, que obtenga un encaje en las normas de Derecho Internacional Humanitario²¹⁸.

En relación con los conflictos para la liberación nacional, tradicionalmente todas las guerras desarrolladas en el interior de las fronteras de un Estado han sido consideradas como conflictos armados internos. Estos conflictos estarán sujetos con carácter vinculante a las salvaguardias impuestas en el **art.3 común** a los cuatro Convenios de Ginebra, el cual disfruta *de carácter consuetudinario*. Por las mismas razones, se puede concluir que un acto de toma de rehenes cometido en una situación de tal índole quedaría sujeto, al menos en el plano teórico del contenido de las obligaciones estatales, a la Convención de 1979, en virtud de su art.12. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la aplicación del marco jurídico expuesto no tendrá lugar si se da la posible atribución de una cierta subjetividad y capacidad a tales movimientos para vincularse con las obligaciones impuestas y beneficiarse de la protección instaurada por los cuatro instrumentos de 1949 y por el Protocolo I. Ese reconocimiento de subjetividad en los términos que hemos dicho tendrá lugar sólo si se comprometen en tal sentido y si, claro está, el Estado en contra del cual se dirige tal confrontación es parte en el Protocolo I de 1977. Esta es la posibilidad que ofrece el art.96.3²¹⁹ de este último instrumento. En ausencia de las declaraciones de ese precepto se debe tener presente el valor de los acuerdos “triangulares”, a tenor de los cuales el Comité Internacional de la Cruz

²¹⁸ Así, cinco días después de la ocupación de *Kuwait* por *Irak*, en 1990, *Sadam Hussein* anunciaba formalmente la prohibición para los extranjeros de abandonar el país, tanto para los que se encontraban en *Irak*, como en *Kuwait*. Y quizá, de una forma más rocambolesca por hipotética, también aducimos como un ejemplo análogo el caso donde al haberse decretado un “estado de alarma” por España con ocasión del cierre del espacio aéreo (a raíz de la huelga de los controladores civiles aéreos de finales del 2010 y comienzos del 2011), a los extranjeros retenidos por tal motivo en los aeropuertos españoles a partir de entonces pudieran haber sido víctimas-rehenes a los que aplicar como beneficiarios dicha normativa *si –en todo caso- del estado de alarma se hubiera pasado a una situación más grave de posible conflicto internacional en su caso*.

²¹⁹ “La autoridad que represente a un pueblo empeñado contra una Alta Parte contratante en un conflicto armado del tipo mencionado en el párrafo 4 del artículo 1, podrá comprometerse a aplicar los Convenios y el presente Protocolo en relación con ese conflicto por medio de una declaración unilateral dirigida al depositario. Esta declaración, cuando haya sido recibida por el depositario, surtirá en relación con tal conflicto los efectos siguientes: a) los Convenios y el presente Protocolo entrarán en vigor respecto de la mencionada autoridad con Parte en conflicto, con efecto inmediato; la mencionada autoridad ejercerá los mismos derechos y asumirá las mismas obligaciones que las Altas Partes contratantes en los Convenios y en el Presente Protocolo; y b) los Convenios y el presente Protocolo obligarán por igual a todas las Partes en conflicto”.

Roja (en adelante, el CICR) recogería las declaraciones²²⁰ concordantes de las partes en conflicto acerca de la aplicación de los principios del Derecho humanitario. Y en este sentido, **ALCAIDE FERNÁNDEZ**²²¹ sigue a **TOMAN** cuando manifiesta que "(...) aunque los actos terroristas no son un "*enfrentamiento militar*" ni la organización de actividades encaminadas a la comisión de tales actos son un "*despliegue militar*", en el sentido del art.44.3²²² del I Protocolo, en todo caso, -cita a aquél con entrecomillado- (...) estas condiciones (los requisitos del art.4²²³ de la III Convención) conciernen al movimiento (de liberación nacional) en su conjunto y las violaciones puntuales de estas reglas priva a sus miembros de protección. Aquellos que violen estos principios serán responsables de la infracción. Por el contrario, si es el movimiento en sí mismo el que no respeta esas condiciones, ningún miembro del movimiento tendrá derecho a recibir los beneficios de un trato privilegiado, incluso si personalmente respeta las reglas. En otras palabras, *si el movimiento de liberación nacional recurre sistemática y deliberadamente al terrorismo, sus miembros no tendrán derecho a reclamar el estatuto de combatiente*; en el caso contrario, los combatientes que lleven a cabo actos y actividades terroristas no estarán respetando las leyes y costumbres de la guerra y serán responsables de crímenes de guerra".

XX.1.2. La controvertida figura del guerrillero

Por otra parte, el Protocolo I se ha topado, desde el principio de su redacción, con una fuerte oposición occidental. En contra de su posible ratificación está el argumento de la supuesta adquisición de legitimación que el instrumento otorgaría a los grupos terroristas y a sus acciones. La disposición del Protocolo I que sin duda ha contribuido mayoritariamente a generar ese repudio es el art.44.3²²⁴, cuyo alcance concreto y otras posibles consecuencias de otras extensiones producidas

²²⁰ Una reseña de las realizadas por la Organización para la liberación de Palestina (OLP), el Congreso Nacional Africano (CNA), la Organización Popular de África del Sudoeste (SWAPO), la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola (UNITA), el Frente de Liberación del Pueblo Eritreo (EPLF), el Frente de Liberación Nacional Afgano (ANLF) o el Frente Moro de Liberación Nacional en Filipinas (MNLF), *vid.* en **ABAD CASTELOS.M.** (1997). *Ob. cit.*, pp. 127 y 128.

²²¹ **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000) *Ob. cit.* p.65 *in fine*. **TOMAN.J.** (1975). *Terrorism and the Regulation of Armed Conflicts*, in Cherif M.Bassiouni (Ed.) *International Terrorist and Political Crimes*. Springfield, Illinois, Charles C.Thomas, 1975, pp.140-141.

²²² Con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil *en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque*. Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal *siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente*: a) durante todo enfrentamiento militar; y b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar. No se considerarán como actos péfidos, en el sentido del apartado c) del párrafo 1 del artículo 37, los actos en que concurran las condiciones enunciadas en el presente párrafo.

²²³ Vid Anexo I.

²²⁴ Vid Anexo I.

por el Protocolo I, han sido objeto de un fuerte debate doctrinal²²⁵. Ciertamente, la disposición contenida en el art.44.3 constituye una novedad de la regulación de 1977 al incorporar jurídicamente la figura del guerrillero. Sus dificultades para distinguirse de la población civil (deliberadamente o no) son triviales y esto obliga a una interpretación restrictiva de la misma para no legitimar en otro caso actos realmente terroristas²²⁶. En este sentido, nuestro país entiende que *los criterios contenidos en el apartado b) del art.44.3 respecto a la distinción entre combatientes y población civil sólo pueden ser aplicados en casos de ocupación*.

En definitiva, siempre que se produzca el bloqueo de la aplicación práctica de la obligación *aut dedere aut iudicare* en caso de guerra internacional tal como está prevista en el Protocolo Adicional I, debería o podría, respectivamente, aplicarse la Convención de 1979, si los Estados implicados son Partes en la misma, lo cual sin duda es más probable. Sin embargo, ha de señalarse que el cumplimiento de esa obligación alternativa de conformidad con la Convención de 1979 u otra del ámbito de Naciones Unidas se ha visto impedido en numerosos casos de este tipo, a su vez, por la politización que el Estado de refugio, sobre el que siempre pesa la carga de la obligación, imprimía a tales incidentes, fundamentalmente a través del manejo *de la excepción de delito político*; aunque en otros casos, tras la negativa o la abstención respecto de la adopción de medidas, subyacía *el temor a posibles represalias*.

²²⁵ Vid. al respecto a **ABI-SAAB.G.** (1977). *Les guerres de liberaton nationale et la Conference diplomatique sur le droit humanitaire*, Anales d'Études Internationales, Vol.8, p. 63 y ss.; y a **VEUTHEY, M.** (1976), "La Guerrilla y el Derecho Humanitario", RICR, nº 6, pp.283-301. Para más bibliografía puede vid. **ABAD CASTELOS, M.** (1997). Ob. cit. nota 138 de las pp. 291 y 292.

²²⁶ Además, no solo por ello **ABAD CASTELOS, M.** (1997) -Ob. cit. p.293 *ut supra*.- cree que el tratamiento referente a la competencia penal universal previsto en el **Protocolo I** está destinado a no ser aplicado en la práctica sino que la autora expone una razón más: podría decirse que el acto no haya sido cometido por el mismo Movimiento de Liberación Nacional sino por personas privadas ajenas (aunque simpatizantes o afines a la organización) o porque -a pesar de la existencia de un claro conflicto entre ambas partes- Estado y Movimiento de Liberación Nacional no lleguen a desencadenarse hostilidades bélicas *o también por imbricarse en las acciones claros elementos inherentes a los delitos de terrorismo*. A su juicio, continúa explicando la autora, la mayoría de esos factores enumerados han confluído hasta la fecha en los numerosos incidentes de atentados contra la libertad, seguidos de la imposición de condiciones para la liberación de las víctimas, llevados a cabo en el marco del conflicto árabe-israelí. Así, menciona *el caso del secuestro de un soldado israelí, N. Waxman*, por miembros de *Azedin el Kasam*, una facción armada de *Hamás*, en 1994. Los captores exigían para la liberación de la víctima la liberación del jeque *Ahmed Yasim*, dirigente del grupo que llevaba a cabo la acción, junto a la de otros doscientos presos de *Hamás* en cárceles israelíes. Solo en el curso de intensas gestiones diplomáticas para intentar la liberación, en las que participaron representantes de EE.UU, Egipto y el CICR, los autores llegaron a ampliar el ultimátum que pesaba sobre la vida del soldado israelí y concedieron el plazo de un día más para el cumplimiento de condiciones. Sin embargo, el incidente terminó en tragedia cuando un comando israelí intentó un rescate, el cual se saldó además de la existencia de heridos con la muerte del rehén y otras personas.

XXI.GUERRA Y TERRORISMO

XXI.1.Terrorismo y “lucha armada”

Su distinción constituye una precisión²²⁷ conceptual previa que se resume, brevemente, en afirmar que si el terrorismo es *una táctica*, la lucha armada es *una estrategia*²²⁸. El terrorismo es la forma de luchar cuando no se pueden ganar las guerras en una lucha justa. Por definición, se trata de una lucha “sucias” y de la publicidad de una política criminal.

XXI.2. Estado de la cuestión antes del 11-S

Hechos que perviven. Los problemas de inseguridad jurídica de la Ley Internacional. La falta de cooperación internacional en esta materia: causas políticas²²⁹. La Historia, tal como afirma algún autor²³⁰, pone de relieve que

²²⁷ Así en **MOA RODRÍGUEZ, P.** (1985). *Terrorismo: ¿urbanización del conflicto?*, Reflexiones sobre el terrorismo, Sin editorial, Madrid, p.17, y en Revista criminalidad, Análisis y profundización. Policía Nacional DIJIN.p.59.

²²⁸ El terrorismo puede servir de apoyo a la lucha armada, pero no a la inversa: el terrorismo no puede vencer militarmente; puede asestar golpes, pero no infligir derrotas. Cae fuera del alcance del terrorismo provocar derrotas militares. Desde el punto de vista militar, solo podría desempeñar un papel auxiliar de la lucha armada. La lucha armada la constituye cualquier tipo de acción militar, para imponer una política determinada, cuyo objetivo principal es la eliminación o el desgaste de la fuerza armada adversaria. El terrorismo, en cambio, no persigue ni puede perseguir la destrucción o desgaste de la fuerza armada adversaria, porque lo que persigue el atentado es generar pánico, descontento e incertidumbre, en procura de un objetivo determinado. El terrorismo es publicidad inmiscuida en una política criminal. La lucha armada puede apoyarse en el terrorismo, pero no a la inversa. El terrorismo no es lucha armada, tal vez aspire a serlo, pero tendría que resolver tres problemas: ganarse una base de apoyo significativa, debilitar a las fuerzas estatales y asegurar el suministro de armas y medios. La lucha armada, en alguna medida, ha resuelto esos problemas. El terrorismo no tiene capacidad de organizar una resistencia, garantizar el suministro de armas, ni ganar apoyo internacional.

²²⁹ Los primeros intentos para estimular la cooperación internacional tuvieron lugar dentro de *la Liga de las Naciones*. Después de los asesinatos del Rey *Alejandro I* de Yugoslavia y del Ministro de Asuntos Exteriores francés, *Louis Barthou*, en *Marsella* el 9 de octubre de 1934, la Liga consideró dos medidas en relación con el terrorismo: **(1) La Convención de 1937 para la Prevención y Castigo del Terrorismo**, que sancionaba como delitos los incidentes internacionales de los que fuesen víctimas jefes de Estado y otras personas internacionalmente protegidas. Condenaba también la destrucción de bienes públicos y daños a ciudadanos de un país cometidos por ciudadanos de otros. **(2) La Convención de la Creación de un Tribunal Penal Internacional**, que daba a los signatarios la opción de que las personas acusadas de delitos de terrorismo pudieran ser juzgadas por un Tribunal Internacional establecido a ese fin. *Pero estas Convenciones nunca entraron en vigor, por ser insuficiente el número de las naciones que las ratificaron. Si la primera solo la ratificó la India, la segunda no hizo lo propio ninguna nación. Téngase en cuenta la época, donde la inminencia de la II guerra mundial redujo la categoría del terrorismo como problema, y en segundo lugar, el que siempre ha dinamitado su regulación, esto es, la falta de acuerdo en su definición.*

²³⁰ Se sigue aquí a **HAILBRONNER, K.** (1982). *Terrorismo Internacional y Leyes de la guerra*, Germán Yearbook of International Law (Jahrbuch für internationale recht), Vol.25, 1982, (founded by Rudolf Laun-Hermann Von Mangoldt. Editors: Jost Delbrück, Wilfried Fiedler, Wilhelm A.Kewenig, Rüdiger Wolfrum. Assistant Editor: Ingrid Jahn. Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel, Vincie Veritas, Duncker & Humblot.Berlin) y a la bibliografía que cita. Por tanto, esta parte del trabajo constituye una “traducción” propia del inglés al español, puesto que dicho autor alemán solo tiene ese artículo en inglés. Para ello se le pidió permiso -que nos fue concedido- dirigiéndonos a la siguiente dirección (conseguida en el consulado alemán de *Las Palmas*): Duncker & Humblot, Carl-Heinrich-Becker Wolf 9 D-12165, Berlín. Telf.+49 -30-7900060. Aunque sea con el poco relumbro que da una simple nota, agradecemos aquí a la Comandante del Cuerpo

siempre ha existido la convicción de que el terrorismo internacional es un fenómeno abominable que presenta como uno de sus grandes problemas para su extinción el que, como ya manifestó la Resolución de Diciembre de 1934 del Consejo de la Liga de las Naciones, “*las normas de la ley internacional concernientes a la actividad de la represión del terrorismo no son suficientemente precisas como para garantizar eficientemente la cooperación internacional en esta materia*”²³¹. Esta afirmación sigue siendo válida en la actualidad porque, además, la Comunidad Internacional se enfrenta hoy a una escalada de ese fenómeno a nivel mundial. El único consuelo es que si las Resoluciones y Convenciones Internacionales sobre aspectos específicos del terrorismo (tales como los secuestros, sabotajes de aviones, crímenes contra las personas internacionalmente protegidas, la toma de rehenes a nivel regional o universal independientemente del logro de sus propósitos, etc.) no ponen fin al terrorismo, sí que al menos reducen significativamente el número de incidentes del terrorismo con carácter internacional²³².

En suma, lo cierto es que no hay un modelo de Tratado sobre esta materia por razones de carácter político que, siempre presentes en el tiempo, a nadie escapan. Lo prueba el que, *incluso en Europa*, y no hace tanto, Estados con principios políticos e instituciones democráticas comunes no estuvieron preparados para suscribir sin reservas²³³ y severidad la penalización o extradición y efectiva cooperación internacional en la prevención y detección de delitos terroristas. Por tanto, si las dificultades de negociación para la supresión del terrorismo ya lo son a nivel regional (*Europa,...*), aquellas todavía se multiplican cuando su ámbito es universal. Sobre todo *cuando*, aparte de los problemas relatados sobre la

Jurídico Militar canadiense *Major Dona Anne Litowski*, con quien coincidimos en *Kabul* (período 20.01.04/20.05.04, Aspfor VII, *Campwarehouse*, ISAF), el que nos lo facilitara a través de su “*Office of the Judge Advocate general*”, órgano que lo obtuvo a su vez con la colaboración de la “*Carleton University*” de *Ottawa, Ontario (Canadá)*.

²³¹ **FRIEDLANDER, R. A.** (1980) *Terrorism and Self-Determination: The Fatal Nexus*, Syracuse Journal of International Law and Commerce: Vol. 7: Iss. 2, Article 8. (Nota 1), 251.

²³² Para el comienzo de un estudio de medidas internacionales contra el terrorismo puede verse **POULANTZAS, N. M.** (1980) *Some Reflections on International Terrorism*, en: *Revue de Droit International* vol. 57, pp.141-151; **OPPERMANN, T.** (1981) *Der Beitrag des Internationalen Rechts zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus*, en: *Ingo v. Munich (ed.)*, *Staasrecht – Volkrecht-Europa-recht, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer*, Berlín, New York 1981, 495-514; **MURPHY, J. F.**, (1980). *Legal Aspects of International Terrorism: Summary Report of an International Conference*, en: *Studies in Transnational Legal Policy* vol.19; *Alona E. Evans / John F. Murphy (eds)*, *Legal Aspects of International Terrorism*, Lexington, Mass., Toronto 1978, *passim*.

²³³ La Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo del 27 de enero de 1977 declara en el Art.1 que ninguno de los delitos definidos por la Convención serán considerados como un delito político o como una infracción conectada a una connotación política o a una infracción inspirada por motivos políticos. Sin embargo, según el Art.13 cualquier Estado puede declarar que se reserva el derecho a rechazar la solicitud de extradición respecto de alguna de las infracciones que se mencionan en el Art.1 por ser consideradas un delito político, siempre que tenga el debido estudio, cuando seriamente se evalúe el carácter o algún particular aspecto del tipo. *Italia, Noruega, Francia, Dinamarca, Suecia y Chipre* han realizado tales reservas (**TORSTEIN STEIN.** (1977). *Die Europäische Konvention zur Bekämpfung des Terrorismus*, en: *ZaoRV* vol. 37, pp. 668-690).

excepción de política criminal (y dentro aún del ámbito del Derecho Penal), *hubiera un gran número de Estados que siendo claramente hostiles al terrorismo internacional, dentro ya del ámbito del Derecho de la Guerra, pudieran haber estado haciendo uso de métodos de combate que fueran contrarios a los Movimientos de Liberación Nacional.*

XXI.3.Estado de la cuestión tras el 11-S

PRITTWITZ²³⁴ ha puesto de manifiesto tras el 11-S la dificultad de no llevar a cabo una relación entre el Derecho Penal y la guerra. Esta dificultad se acrecienta si nos preguntamos cuáles son los límites entre el terrorismo y la guerra y cuál es la forma de evitar la confusión que existen entre los dos conceptos habida cuenta, sobre todo, las situaciones vividas con *Irak y Afganistán* en los primeros años de este siglo, toda vez que *sólo formalmente* el fin de las hostilidades fue decretado el 13 de noviembre del 2001 en *Afganistán* y el 1 de mayo del 2003 en *Irak*. Sin embargo, mientras que unas veces los hechos sangrientos posteriores han sido calificados como atentados otras veces manifiestan la duda de si tales conflictos aún constituyen auténticos estados de guerra. Por otro lado, la Comunidad Internacional, liderada por los EE.UU, ha calificado la acción contra Al Qaeda como “*guerra contra el terrorismo*”, de forma que si hay autores²³⁵ que ponen de relieve que las guerras contra *Irak y Afganistán* sí lo fueron, la lucha contra *Osama Bin Laden y Al Qaeda* no lo es. Además, los atentados del 11-S fueron unos hechos que si bien eran por sí mismos constitutivos de delito a la vez también fueron calificados como “actos de guerra”.

XXI.3.1.Las perspectivas en su estudio

Exponemos en nota al pie²³⁶ la triple perspectiva de su estudio.

²³⁴ PRITTWITZ, C. (2004). *¿Guerra en tiempos de Paz? Fundamentos y límites de la distinción entre Derecho Penal y guerra.* En Revista Penal nº 14, 2004 (Traducido por F. Navarro Cardoso). pp.175-176.

²³⁵ ACKERMAN, B (2004) . *The Emergency Constitution*”. En *The Yale Law Journal*, 113, March, 2004, p.1032, y DUFFY, Helen. (2005). *The “War on Terror” and the framework of International Law.* New York, p.275.

²³⁶ *Las relaciones entre “guerra y terrorismo” hay que analizarlas desde una triple perspectiva:*
La primera: Cabe que exista el terrorismo como método de guerra y, en su contexto, también cabe como un fenómeno que coexista con ella. Es decir, en la guerra *las prácticas* terroristas también son adoptadas por las Fuerzas Armadas y por grupos organizados de resistencia, tanto en las guerras convencionales como en las guerras de guerrillas, pero *son dos fenómenos distintos que no se deben de confundir*, aunque en el contexto de un conflicto armado también puedan existir Organizaciones, delitos y actos terroristas.

La segunda: ¿Es el terrorismo internacional “una nueva forma de guerra” a la que no se le haya de aplicar ningún Código Penal sino el Derecho de la Guerra? Esto es, hay que determinar si la amenaza del terrorismo internacional es una manifestación de delincuencia más o una nueva forma de guerra, de tal suerte que según se responda como una u otra las consecuencias jurídicas son distintas: si es delincuencia la forma de combatirla es como tal, y a través del Derecho Penal; si es una nueva guerra se aplicará en ella el *ius in bello*.

La tercera: ¿en qué casos un delito terrorista es visto como un ataque de guerra?

XXI.3.2. El terrorismo como un método de guerra

En relación a la primera cuestión: la distinción entre guerra y terrorismo aunque éste sea un posible método de aquélla. La normativa internacional que regula la guerra, esto es, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, distingue (art.43.²³⁷ y 50.1.²³⁸ del Protocolo I) entre población civil y miembros de las Fuerzas Armadas combatientes, de forma que *si en el contexto de un conflicto armado los combatientes suelen usar métodos terroristas tal conducta no puede constituir delito terrorista*. En el Derecho de los conflictos armados están prohibidos los métodos de guerra que causen daños superfluos e innecesarios (art.35.²³⁹ del Protocolo y 8.2.b) xx)²⁴⁰ del ESTATUTO DE ROMA – en adelante ER²⁴¹-), de forma que la conducta que lo infrinja es constitutiva de un crimen de guerra; sin embargo, el uso *legítimo* de armamento y explosivos para atentar contra el “*enemigo*” es un acto impune en estado de guerra, es decir, salvo que ataque a civiles o use métodos prohibidos. En este sentido, tal como pone de relieve **TIEFENBRUN**²⁴² un ataque contra combatientes durante un conflicto armado con la intención de inspirar, a ellos o a la población civil, miedo o terror, no debería llamarse terrorismo porque “*eso es guerra, pura y simple*”. De estas apreciaciones se deduce que *un acto de guerra no es terrorismo*: es un acto impune, por legítimo, o un crimen de guerra si no lo es. En un estado de guerra, sobre todo en la moderna, es frecuente que las Fuerzas Armadas atenten contra la población civil a la que con métodos terroristas le instauren el miedo. Por

²³⁷ “Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades”.

²³⁸ “Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.”

²³⁹ “1. En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado. 2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. 3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.”

²⁴⁰ “2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;(…)”.

²⁴⁰ Su Texto se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 10 de julio de 2002.

²⁴¹ Estatuto de Roma

²⁴² **TIEFENBRUN, S.** (2003). *A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism*. En *Journal of International & Comparative Law*, 9, Spring, p.381.

ejemplo, con la toma de rehenes: el caso más paradigmático es el secuestro de ciudadanos de una nacionalidad determinada para conseguir una reacción de su Gobierno. Así el secuestro de veintitrés misioneros surcoreanos llevada a cabo por la milicia talibán en julio de 2007, con la finalidad de intercambiar a los rehenes por presos afganos. En tal caso la milicia llegó finalmente a un acuerdo con *Corea del Sur* según el cual el país asiático se comprometía a retirar todas sus tropas de *Afganistán* antes del final del 2008, y se empezaron a liberar a los secuestrados²⁴³. Pues bien, tales hechos, cometidos en guerra, son subsumibles en crímenes de guerra (art.8.2.a) viii)²⁴⁴ ER). Por otro lado, y sin entrar a valorar la casuística de sus diferentes dolos (de primer grado o eventual) también puede ocurrir que las Fuerzas Armadas realicen matanzas indiscriminadas y sistemáticas contra la población, en cuyo caso puede haber un crimen de guerra, un genocidio o un crimen de lesa humanidad, según los casos, y hasta relaciones concursales que habría que estudiar y calificar. Sin embargo, aunque para consumar tales conductas se utilicen métodos terroristas no estamos aquí ante delitos de terrorismo. En cambio, los atentados realizados por no combatientes contra la población civil, que tengan como fin interferir en las decisiones de uno o varios Gobiernos mediante esa violencia, sí constituyen delitos de terrorismo aunque se lleven a cabo en tiempos de guerra. Pero el supuesto más difícil de resolver es el que se configura cuando no combatientes (civiles) atentan contra las Fuerzas Armadas en un conflicto.

En opinión de **LLOBET**²⁴⁵ hay que distinguir aquí dos modalidades: Si los civiles respetan las normas del *ius in bello* sus actos son impunes, si no son crímenes de guerra. En cambio, nunca serán actos terroristas *porque éstos se caracterizan por atacar contra objetivos no combatientes*. Para ella²⁴⁶ es esta última condición la

²⁴³ **El País de 29 de agosto de 2007.**

²⁴⁴ “A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: a) *Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: viii) Tomar rehenes.*”

²⁴⁵ **LLOBET ANGLÍ, M.** (2010) Ob. cit. p.129.

²⁴⁶ No, sin embargo, para **PÉREZ GONZÁLEZ, M.** (2006) “*Cuadernos de Estrategia*” (MINISDEF, Instituto de Estudios Estratégicos), 133, p.91, quien entiende que “*cabe la posibilidad de que ciertos actos de violencia bélica llevados a cabo contra quienes tienen derecho a combatir puedan ser calificados de actos terroristas, como sería el caso del empleo de armas o de métodos de hacer la guerra que, causando por su propia índole males superfluos o sufrimientos innecesarios, responda en las circunstancias del caso —teniendo en cuenta, por otra parte, la obligación de respetar el principio de proporcionalidad— a una intención deliberada de aterrorizar al enemigo. También podrían calificarse de terroristas ciertos actos de violencia brutal que utilizaran métodos péfidos (como el ataque a traición, excluido el posible recurso a estrategias no prohibidas) (artículo 37 del Protocolo adicional I), que quebrantaran la prohibición de ordenar que no haya supervivientes o de conducir las hostilidades en función de tal decisión (artículo 40) o que constituyeran una violación grave y flagrante de la prohibición de atacar al enemigo fuera de combate (artículo 41). Lo mismo cabría decir de aquellas contravenciones de las reglas de los Convenios I, II y III de Ginebra que establecen obligaciones precisas de respeto y protección de los combatientes que caigan heridos o enfermos o que se rindan, en caso de que revistieran especial gravedad y que por las circunstancias de su realización pudiera deducirse la intención de*

clave en los contextos de conflictos armados para calificar como terroristas los actos en ellos a veces observados, de forma que de las diversas²⁴⁷ variables existentes a tenor de los distintos tipos de sujetos activos y víctimas de los mismos, sólo en ese contexto considera como tales, y siempre que no sean delitos de genocidio o de lesa humanidad (así la violencia sectaria entre *chiíes y suníes* en Irak con las matanzas habidas en mercados, mezquitas y barrios), el supuesto que se da cuando el sujeto activo y la víctima sean civiles (y que sus actos sean susceptibles de causar terror y dirigidos a cambiar o alterar la política de un Gobierno), debiéndose tener en cuenta:

- En relación a su recluta o captación: que sólo serán actos preparatorios de los delitos de terrorismo y/o a sus autores como miembros o colaboradores con Organización criminal, sólo si el entrenamiento que reciben está orientado a atentar contra la población civil al margen de conflictos bélicos; no, en cambio, si tal preparación militar enseña a combatir en el marco de una guerra propiamente dicha.
- En relación a su estatuto si son detenidos: que pueden serlo bien en calidad de presuntos terroristas u otro tipo de presuntos delincuentes, bien como prisioneros de guerra, de forma que en este último sentido el “limbo” del estatuto del “combatiente enemigo” (ilegal) creado²⁴⁸ por los EE.UU para prevenir actos terroristas en ese país es ilegítimo y conlleva, al considerar a los delincuentes terroristas como combatientes, los siguientes problemas:

En primer lugar los dignifica. De criminales pasan a ser soldados y presenta su causa como lucha legítima contra la opresión. En segundo lugar, que *de facto* cualquiera puede ser detenido –dentro o fuera del campo de batalla- y confinado indefinidamente en una prisión militar sin acceso a la justicia ordinaria, motivo por el cual fue necesario que la Sentencia del caso²⁴⁹ *Ali Saleh Kahlah Al-Marri*

causar terror.”

²⁴⁷ Además: 1. Combatientes contra combatientes. 2. Combatientes contra civiles. 3. Civiles contra combatientes.

²⁴⁸ *Authorization for Use of Military Force* (en adelante, AUMF), de 18 de septiembre del 2001 (Public Law 107-40, parágrafo 2[a])

²⁴⁹ Referencia: 487 F.3d 160 [4th Cir.2007]. *Los hechos de este caso fueron los siguientes: Al-Marri, ciudadano de Qatar, había entrado legalmente en los EE.UU con su mujer y su hijo un día antes del atentado a las torres gemelas, con el fin de realizar estudios de posgrado en una Universidad de Illinois. Con motivo de la investigación de los atentados contra el World Trade Center y el Pentágono, agentes del FBI le arrestaron en su hogar el 12 de diciembre del 2001. Así, fue encarcelado en una prisión civil y acusado de falsear cuentas corrientes y de intentar defraudar al Gobierno. Pese a que una Corte Federal de Nueva York le absolvió por faltas de pruebas en mayo del 2003, fue acusado de nuevo con las mismas imputaciones en otro Distrito, el de Illinois. El 20 de junio de ese año la Corte de ese Distrito fijó una vista en la que el acusado iba a presentar una moción relativa a la obtención de pruebas mediante tortura. Sin embargo, tres días después, antes de la vista, el caso fue sobreesido a instancias del Gobierno basándose en una orden firmada esa mañana por el Presidente G.W. Bush Junior. Dicha orden le declaraba “combatiente enemigo” por colaborar con Al Qaeda, realizar actos hostiles y guerreros, incluyendo la preparación de atentados terroristas internacionales, poseer información útil para prevenir atentados de Al Qaeda, y representar un continuo, actual y grave peligro para la Seguridad Nacional de los EE.UU. En*

v. *Wright* estableciera límites a esa posibilidad. Según dicha Sentencia²⁵⁰ el estatus de combatiente enemigo sólo puede predicarse respecto de las personas que hayan formado parte de las Fuerzas Armadas enemigas de los EE.UU, esto es, que hayan combatido contra este país en algún lugar del mundo. Por el contrario, si sólo existen pruebas de actividad criminal asociada a Organizaciones terroristas, el Gobierno no puede transformar a un civil en un “*combatiente enemigo*” sujeto a detención militar indefinida. No obstante, y tal como se pone de manifiesto en el caso²⁵¹ *Padilla v. Hanft* (ciudadano norteamericano que había sido miembro de las Fuerzas talibanes durante el conflicto en *Afganistán*), si existen evidencias de que una persona estuvo armada y presente en una zona de combate, como parte de las fuerzas enemigas de los EE.UU, será considerada “*combatiente enemigo*”, aunque no fuera detenida en el campo de batalla, sino en suelo norteamericano.

En último lugar, esa normativa²⁵² impide que se aplique la legalidad internacional (**III Convenio de Ginebra**) en el sentido de que se apliquen las reglas de la guerra a los sujetos hechos prisioneros de guerra en el seno de un conflicto armado. La mayoría de los detenidos en *Guantánamo* fueron capturados entonces, por lo que debieran ser tratados como prisioneros de guerra o como criminales de guerra si así hubieran ya sido acusados; es decir, salvo en este último supuesto, debieran ser puestos en libertad y repatriados a sus países de origen. Al ser la nueva guerra “contra el terrorismo” aquella donde los EE.UU tendrían como adversario a “*una red global de Organizaciones terroristas*” en ella todos los enemigos extranjeros, bien soldados, bien criminales, son combatientes ilegales por definición. Por un lado, cualquier combatiente enemigo respetuoso con las leyes de la guerra (legal) que participe en un conflicto armado propiamente contra los EE.UU en *Irak* o *Afganistán* se transforma en ilegal, puesto que *Al Qaeda* no es una fuerza militar que pertenezca a un Estado o esté bajo su mando, del mismo modo que la insurgencia *suní y chií* en *Irak*. Es más, los miembros de tal organización son expresamente incluidos en la categoría de “*combatientes enemigos ilegales*”, al igual que la milicia talibán que da soporte al antiguo Gobierno afgano.

consecuencia, desde esa Orden *Al-Marri* estuvo encarcelado en una prisión militar en *Carolina del Sur* sin imputación formal alguna, hasta que, el 27 de febrero del 2009, se formularon cargos contra él por conspiración y apoyo material al terrorismo.

²⁵⁰ Tuvo como voto particular disidente el del Juez *Hudson*, para quien, aunque *Al-Marri* no estuvo presente durante un conflicto armado con las fuerzas estadounidenses, es el tipo de “guerrero sigiloso” usado por *Al Qaeda* para perpetrar ataques terroristas contra *Norteamérica*. Por tanto, su detención está autorizada según lo estipulado en el párrafo 2[a] AUMF “para prevenir cualquier acto futuro de terrorismo internacional contra los EE.UU”.

²⁵¹ Referencia: 423 f3.d 386 [4th Cir.2005]. Puede también verse El País del 3 de diciembre de 2002 y 16 de junio de 2006, en crónicas realizadas por *Rafael Argullol*.

²⁵² En cuanto a la Historia de la *Military Commissions Act de 2006 (Public Law 109-366)* Vid Anexo I.

Por otro lado, el criminal que colabora con la Organización terrorista *Al Qaeda* fuera del propio campo de batalla se convierte en combatiente, puesto que le da su apoyo (y, por ende, en ilegal). En consecuencia, los combatientes enemigos “ilegales”, también los simples delincuentes, pueden ser juzgados por Comisiones Militares y condenados a cadena perpetua o, incluso, a la pena de muerte aunque, según las normas de la guerra, tuvieran que ser puestos en libertad al finalizar el conflicto armado o pese a que en virtud de las leyes penales hubieran cometido algún delito cuya pena prevista fuera menor. En conclusión, un estado de guerra tiene que delimitar el ámbito del terrorismo como método y como fenómeno y el estatus de los sujetos que actúan en su marco cuando son detenidos: prisioneros de guerra o delincuentes –terroristas o de otra clase- según hayan cometido actos legítimos de guerra o crímenes.

XXI.3.3. El terrorismo como guerra propiamente dicha

En relación a la segunda cuestión²⁵³ (¿Es el terrorismo internacional “una nueva forma de guerra”?) Para poder luchar contra el enemigo la guerra legitima el uso de medidas extraordinarias que en tiempos de paz legalmente no se pueden aplicar. De esto se deduce que frente a la red terrorista de *Al Qaeda* habrá dos medidas a adoptar *según se esté en guerra contra ella o, por el contrario, se considere que es un tipo de criminalidad organizada contra la que cabe aplicar tan sólo el Derecho Penal común*, pero serán unas u otras medidas según la normativa que en cada caso corresponda: la de guerra o la de criminalidad común en tiempo de paz. No existe un tercer ámbito normativo (del que, sin embargo, sí hay autores²⁵⁴ que lo proponen: bien porque crean que ni el Derecho de la guerra ni el Derecho Penal sean adecuados para esta amenaza, bien porque el terrorismo en tiempo de paz sea equivalente a un crimen de guerra).

El argumento con el que no se apuesta por esta posición estriba en que la Legislación de Emergencia, por definición, es temporal y no permanente, mientras que el terrorismo es un fenómeno continuo donde la norma que lo combata no puede ser excepcional sino ordinaria en el sentido de que *sus peligros siempre están latentes* y, por tanto, si se la convirtiera siempre en una norma excepcional

²⁵³ Hay que determinar si la amenaza del terrorismo internacional es una manifestación de delincuencia más o una nueva forma de guerra, de tal suerte que según se responda como una u otra las consecuencias jurídicas son distintas: si es delincuencia la forma de combatirla es como tal, y a través del Derecho Penal; si es una nueva guerra se aplicará en ella el *ius in bello*.

²⁵⁴ Para **ACKERMAN, B.** (2004). *The Emergency Constitution*. En *The Yale Law Journal*, 113, March, (ob.cit. pp.1030. y ss.) hay que transitar un tercer camino, esto es, el “estado de emergencia”; o **SCHARF, M. P.** (2005). *Defining Terrorism as The Peacetime Equivalent of War Crimes: Problems and Prospects*. En *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37, p.373, quien propone definir el terrorismo como un crimen de tiempos de paz equivalente a crímenes de guerra. De este modo, defiende la necesidad de aplicar las leyes de la guerra a los terroristas, por lo que estaría permitido el ejercicio de medidas más vigorosas que no pueden usarse bajo la aplicación de las leyes comunes.

perennemente vigente, los derechos fundamentales que, sin embargo, se pretenden proteger (por defecto), quedarían igualmente desprotegidos (por exceso). Es en ese sentido donde se sospecha que “la guerra contra el terrorismo” es potencialmente más peligrosa que el terrorismo en sí toda vez que éste, en cualquier caso, y a diferencia del nazismo, es *un mal menor* cuyo daño a las Naciones es sólo simbólico porque la tozuda realidad, salvo casos excepcionales como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) o grupos radicales islamistas en algunos países musulmanes inestables, y donde sí ha sido legítimo acudir a la normativa de guerra, lo que dice es que no las derrumba ni puede poner su propia vida en un verdadero jaque. Por tanto, en cuanto mal menor con el que, como con otro tipo de delincuencia, hay que convivir, a nivel institucional quizá ya pueda decirse que en *Europa*, al menos, sí se considera que la actual lucha contra el terrorismo no constituye ni puede constituir un conflicto armado –tal como afirma el *eslogan* de la “guerra contra el terrorismo”- sino un fenómeno al que hay que aplicar como arma el Derecho Penal y sin que sea necesario tener que llegar a militarizar²⁵⁵ la empresa terrorista, que es eso lo que precisamente los terroristas pretenden.

XXI.3.4. El acto terrorista como un ataque de guerra

En relación a la tercera cuestión²⁵⁶ (¿en qué casos un delito terrorista es visto como un ataque de guerra?). Aquí se aborda el supuesto de actos de terrorismo realizados por un Estado, o con su consentimiento, contra otro. **ALCAIDE**

²⁵⁵ Esto es, la militarización del personal que debe reprimir este fenómeno. **CLARK, W. K.** (2003). *Qué ha fallado en Irak? La guerra, el terrorismo y el imperio americano*, Barcelona, (traducido por Juan Rabasseda-Gascón), p.IX. Sin embargo, como apunta **JÁUDENES JORDANO, J.** (1984). *Fuerzas Armadas y Terrorismo*. En DEL CAMPO, Salustiano (Dir.), *Terrorismo Internacional*, Madrid, p.88, el empleo de las Fuerzas Armadas en la lucha contra el terrorismo es “de difícil ejecución en un régimen democrático occidental sin poner en peligro la propia existencia del sistema”. En este sentido, **REINARES, F.** (1998). *Terrorismo y Antiterrorismo*, Barcelona-Buenos Aires-México, p.159, pone de relieve que “plantearse combatir el terrorismo, tal y como éste acontece en los países desarrollados y gobernados de acuerdo con fórmulas democráticas, mediante procedimientos principalmente militares, constituye una peligrosa desmesura basada por lo común en la falaz consideración de dicho fenómeno como una actividad bélica que, por su gravedad en términos de Seguridad Nacional, reclamaría la prioritaria implicación de las Fuerzas Armadas para mejor contrarrestarla”. Sea como fuere, esta práctica también se está extendiendo para luchar contra otras clases de delincuencia organizada. En este sentido, es muy ilustrativa la noticia aparecida en el País de 01 de noviembre de 2006 (edición impresa, p.9), que tenía el siguiente titular: “Roma sopesa mandar el Ejército a Nápoles”, y seguía en el cuerpo de la noticia, “como fuerza de orden público”, “en unas calles dominadas por la Camorra, la mafia local, y por una delincuencia juvenil rampante”. Por último, sobre la militarización del Derecho Penal véase también **ALBRECHT, H-J.** (2006). “Respuestas legislativas al 11-S. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista”, en Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez, Madrid, p.1154 y ss (traducido por M^a Isabel Serrano Maíllo); **PÉREZ CEPEDA, A I.** (2007). *El paradigma de la Seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal*. En FARALDO CABANA, Patricia (Dir.) PUENTE ABA, Luz M^a/SOUTO GARCÍA, Eva M^a (Coords.), *Derecho Penal de Excepción. Terrorismo e Inmigración*, Valencia, p.113; y **PORTILLA CONTREAS, G.** (2005). *Globalización del antiterrorismo: el retorno del derecho Penal al estado de naturaleza*. En *Viento Sur*, nº 83, p.31.

²⁵⁶ ¿en qué casos un delito terrorista es visto como un ataque de guerra?

FERNÁNDEZ²⁵⁷ pone de manifiesto que, de acuerdo con el art.51²⁵⁸ de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados miembros de Naciones Unidas se han dotado de la legítima defensa para luchar contra ataques armados exteriores. Pero en el caso de ataques terroristas, para que puedan dar lugar a esa legítima defensa, se requiere *que los actos de fuerza sean graves y “atribuibles a un Estado”*. Esto último ocurre cuando un Estado envía bandas armadas terroristas a otro Estado, pero se discute cuando hay sólo apoyo logístico, concesión de refugio, o si basta la mera “tolerancia”. Un delito puede ser a la vez un ataque armado y, de esta forma, mientras que **LLOBET**²⁵⁹ cree que se pueda reaccionar así al delito con una guerra **PRITTWITZ**²⁶⁰ opina, por el contrario, que “*según se haya producido una guerra o un crimen, la respuesta será guerra o persecución penal*”. No obstante, la guerra, a diferencia del Derecho penal, no puede ser sancionadora o suponer un castigo retributivo. Constituyen *ejemplos* donde analizarlos en este ámbito, tal como expone **ALCAIDE FERNÁNDEZ**²⁶¹, las incursiones de *Israel* contra algunos Estados árabes, en particular *Líbano*; los bombardeos de los EEUU a *Libia* el 14 de abril de 1986, a *Bagdad* el 26 de junio de 1993, a *Afganistán* y *Sudán* el 20 de agosto de 1998, los ataques llevados a cabo por la República de *Sudáfrica* contra *Angola*, *Botswana*, *Lesotho*, *Zimbabawe* y *Zambia*, y el más claro para **LLOBET ANGLÍ**²⁶² la guerra de *Afganistán* tras el 11-S, quien -sin dejar de apreciar que el móvil de los EE.UU en ese caso fue la venganza y, por tanto, según ella y otros²⁶³ penalistas una invasión “ilegal”- se pregunta al respecto si además de un delito los atentados del 11-S *fueron un ataque armado que justificase el derecho a la legítima defensa*, sabiéndose en todo caso que lo único cierto es que las Resoluciones 1368²⁶⁴ y 1373²⁶⁵ del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sí autorizaron la respuesta armada a los atentados.

²⁵⁷ **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos. Ob. cit. P.283.

²⁵⁸ Vid Anexo I.

²⁵⁹ **LLOBET ANGLÍ, M.** (2010). Ob. cit. p.154.

²⁶⁰ **PRITTWITZ, C.** (2004). *¿Guerra en tiempos de Paz? Fundamentos y límites de la distinción entre Derecho Penal y guerra*. En Revista Penal nº 14, 2004 (Traducido por F. Navarro Cardoso). Ob. cit. Pp.179-180.

²⁶¹ **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). Ob. cit. P.297.

²⁶² **LLOBET ANGLÍ, M.** (2010). Ob. cit. P.155.

²⁶³ **GARZÓN, B.** (2001): *La respuesta*. En El País de 02 de octubre de 2001 [www.elpais.es]. **PÉREZ CEPEDA, A I.** (2007): “*El paradigma de la Seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal*”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.)/PUENTE ABA, Luz M^a/SOUTO GARCÍA, Eva M^a (Coords.), *Derecho Penal de Excepción. Terrorismo e Inmigración*, Valencia, 2007, p.111, y **PRITTWITZ, C.** (2004). *¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre Derecho Penal y Guerra*. En Revista Penal nº 14, (traducido por F. Navarro Cardoso), pp.176.

²⁶⁴ Vid Anexo I.

²⁶⁵ Vid. Anexo I.

XXII. EN TIEMPO DE PAZ

XXII.1. La protección de “escudos humanos” en Operaciones de Paz

Con motivo del conflicto serbo-bosnio o yugoslavo de principios de los noventa del pasado siglo había la inquietud jurídica de dar respuesta a la multiplicación de violentos ataques²⁶⁶, donde algunos españoles también fueron víctimas (*Casos Chamorro, Romero Huelin y Cortés Méndez*), producidos contra el personal de Naciones Unidas, y que provocó que se redactara la Convención de 1994 sobre la seguridad de personal de Naciones Unidas y personal asociado²⁶⁷. La nueva Convención tipifica como delito, en su art.9.1.a) la comisión intencional del “secuestro u otro ataque contra (...) la libertad de cualquier miembro personal de las Naciones Unidas o de personal asociado”. En el art.14 se establece la obligación *aut dedere aut iudicare* en términos casi iguales al art.8 de la Convención de 1979 de Nueva York contra la toma de rehenes.

XXII.2. La aplicación del principio en la lucha contra el terrorismo internacional

La aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* al ámbito delictivo fue más fácil que en el campo propiamente dicho de la lucha antiterrorista pues, por problemas políticos²⁶⁸ del reconocimiento o no de la legitimidad internacional de los *Movimientos de Liberación Nacional (MLN)*, hubo de remontar un sinfín de oposiciones. Así ocurrió ya a la hora de redactar la Convención²⁶⁹ de Tokio de

²⁶⁶ A finales de 1994 comenzó la utilización de observadores militares de la ONU como escudos humanos tras el ataque de la OTAN contra el aeródromo serbocroata de *Udbina*. Fue el caso del Capitán español de la Infantería de Marina *A.C.Chamorro*, siete cooperantes españoles pertenecientes a organizaciones humanitarias Médicos del mundo y el MPDL y posteriormente de tres distintas clases de rehenes, por el distinto tratamiento otorgado a cada una de ellas: 1. Los casos de observadores militares de las Naciones Unidas y los cascos azules utilizados como escudos humanos, los cuales eran encadenados o colocados bajo una estrecha custodia cerca de objetivos militares eventualmente atacables, a los cuales, además, se les cambiaba de lugar para evitar una operación de rescate. Esta era la situación en que se encontró el Capitán de infantería del E.T español, *J.A.Romero Huelin*, quien junto con otro observador ghanés fueron esposados en un puente cerca de *Pale*. 2. Casos del personal, en su mayoría soldados, a los que se les impedía salir de su puesto de observación o de los depósitos de armas en los que hacían guardia como consecuencia del ataque serbio a un puesto militar de las Naciones Unidas en *Gorazde*. 3. Y el caso de los cascos azules y observadores de Naciones Unidas que se encontraban retenidos y vigilados en un área determinada. Así se encontraban unos cien soldados que fueron detenidos el 28 de mayo en *Banja luka*, entre los cuales estaba el comandante de aviación español *M.Cortés Méndez*.

²⁶⁷ De 9 de diciembre de 1994, adoptada por consenso en Resolución 49/59 de la Asamblea General de la ONU. Sobre sus antecedentes inmediatos *vid.* a un asesor jurídico de Naciones Unidas, **BOURLLOYANNIS-VRAILAS.M.C.**(1995). *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*. ICLQ, Vol.44, Part.3, July pp.560-590.

²⁶⁸ Los Estados tercermundistas en los sesenta y setenta se oponían a un tratamiento igualitario de todos los casos de toma de rehenes para poder matizar en los temas a tratar: la distinción entre delitos políticos y comunes, o la valoración de la toma de rehenes cometida por Movimientos de Liberación Nacional (MLN). Querían que la obligación *aut dedere aut iudicare* no se configurara de una manera absoluta, sino que admitiera algún tipo de modulación.

²⁶⁹ *Vid.*B.O.E. núm. 308 de 25 de diciembre 1969.

1963 *sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves*, donde si bien se propuso por algunas delegaciones (EE.UU y *Venezuela*) que esa obligación pesara sobre el Estado de aterrizaje de la aeronave, al final esa obligación ni siquiera se recogió para el Estado de la matriculación de aquélla (a pesar de que sobre este último sí se impone en el art.3²⁷⁰ la obligación de adoptar las medidas necesarias a fin de establecer su jurisdicción sobre las infracciones cometidas a bordo y, que, como constata su crítica²⁷¹, no deja de ser “*un brindis al sol*” porque, entre otras razones, tampoco se dice nada del deber del Estado de la custodia del detenido, que también puede en su caso ser distinto de los dos anteriores). Ocho años después de quedar así redactada lo cierto es que la Convención quedó “*en agua de borrajas*”.

Le siguieron dos nuevas Convenciones destinadas a enfrentarse con dos distintas manifestaciones del terrorismo aéreo: las Convenciones de *La Haya (para la represión de los apoderamientos ilícitos de aeronaves)*, de 16 de diciembre de 1970, y de *Montreal (para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil)*, de 23 de septiembre de 1971, o también llamadas “sobre el apoderamiento ilícito” y “sobre la aviación civil”, respectivamente. La primera fue internacionalmente novedosa porque creó nuevos deberes estatales que no contaban con una fuente anterior, pero que sí fueron en cierta medida una corrección de la deficiencia de la Convención anterior, toda vez que *ahora ya el Estado en cuyo territorio se encontrase el presunto autor del delito habría de extraditarlo o someter el caso a las autoridades competentes a efectos del enjuiciamiento* y según los términos que expresa el propio Preámbulo: “*toda persona que cometa dicho delito deberá ser sometida a juicio o sujeta a extradición*”. Al final, se partió de la base de la aceptación del principio de universalidad como base de la competencia penal con el resultado de evitar la problemática política que encierran los actos de toma de rehenes cometidos por los Movimientos de Liberación Nacional y, en general, los llevados a cabo en tiempo de conflicto armado interno o internacional, de forma que en el art.8, párrafo 1 de esa Convención se lee que: “El Estado parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no concede su extradición, estará obligado a someter el

²⁷⁰ 1. El Estado **de matrícula** de la aeronave será competente para conocer de las infracciones y actos cometidos a bordo.

2. Cada Estado Contratante **deberá tomar las medidas necesarias** a fin de establecer su jurisdicción **como Estado de matrícula** sobre las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves matriculadas en tal Estado.

3. El presente Convenio **no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales**.

²⁷¹ **ABAD CASTELOS**, (1997). Ob. cit. pp.235 *in fine*, 236, 237 y 238. En su opinión el Estado más idóneo sobre el que en esos casos debiera recaer principalmente la obligación tendría que ser el del aterrizaje final toda vez que el aterrizaje de la aeronave suele producirse con los autores aún a bordo de la aeronave y es en ese momento cuando según dicha autora se produce finalmente la consumación del delito.

caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con el Derecho de tal Estado". Caso de que ese Estado se acoja a la segunda opción de la obligación, si pertenece a los países del sistema del *Common Law*, el Gobierno debe trasladar el asunto al *Attorney General*, y en los países del sistema Continental, al Ministerio Fiscal²⁷².

Siguiendo a **ABAD CASTELOS**²⁷³ es imprescindible que el contenido de la obligación de enjuiciar ofrezca certidumbre en la medida en que el tratamiento otorgado por los Estados a ciertos casos cuando se da este tipo de delitos puede determinar el mantenimiento o el deterioro de las relaciones amistosas o incluso ocasionar una fricción o un conflicto interestatal, sobre todo teniendo en cuenta que los Estados no siempre obrarán con la prudencia o cautela que sería de desear. La citada autora, sin embargo, siguiendo a la doctrina²⁷⁴ que cita apunta un peligro: el potencial riesgo siempre latente de dar al traste con el cumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare* debido a la sujeción de las autoridades encargadas de adoptar una decisión típicamente judicial a una posible influencia política (- a lo que añadimos nosotros- sea aquella jurisdicción de carácter militar o no...). A dicho eventual problema (y sus adicionales hasta ahora meramente apuntados), según ella ha de sumarse también la posibilidad de que, después de la actuación judicial y si se ha llegado a imponer una Sentencia condenatoria, las autoridades gubernamentales ordenen posteriormente la pronta liberación de la persona condenada. Obviamente, los márgenes de libertad de apreciación en que debe desenvolverse el Estado para adoptar su decisión, vendrán estrechados una vez más por el límite infranqueable de **la buena fe**. A este respecto, por ejemplo,

²⁷² Será a estas instancias de carácter judicial a las que corresponderá el examen de la cuestión y una decisión sobre la eventualidad de la justificación de una apertura de un procedimiento penal. Si de su reconocimiento del caso resultara una decisión positiva remitirá el caso al juez, en los países de Derecho anglosajón, y a un juez de instrucción, en los países continentales. De este modo, el Estado habrá podido cumplir la obligación pese a que el examen del Ministerio Público o, posteriormente, del juez de instrucción, haya arrojado un resultado desfavorable al inicio de un proceso penal, o una vez abierto éste, hubiera sido sobreseído o, por supuesto, hubiera finalizado con una absolución. Y, en definitiva, si las autoridades competentes adoptasen una resolución negativa o bloqueasen el comienzo del procedimiento, *ello nunca supondría el restablecimiento de la obligación de extraditar*.

²⁷³ **ABAD CASTELOS** (1997).Ob. cit. P.245 *ut supra*.

²⁷⁴ **KANE, T.R.** (1987) "*Prosecuting International Terrorists un United States Courts: Gaining the jurisdiction Threshold*", Yale Journal of International Law, Vol 12, Summer, pp.294-341. **ABRAMOVSKY, A.** (1974) "*Multilateral Conventions for the Supresion of Unlawful Seizure and Interference with Aircraft*". Part.1: The Hague Convention. Columbia Journal of Transnational Law, vol.13, number 3, pp.398, 399 y 404. **SHAIKH.A.R.**(1992). "*A Theoretic Approach to Transnational Terrorism*", The Georgetown Law Journal, vol.80, Number 6, August pp.2131-2174, pp.2159, 2157-2161 y 2172-2174.

conviene decir que, a diferencia de **GUTIÉRREZ ESPADA**²⁷⁵, cuando éste afirma -sobre la bondad o no de los Tratados regionales para luchar contra el terrorismo- que “*se hace un flaco favor al progreso del Derecho Internacional cuando esos métodos flexibles (de adopción de normas) disfrazan, para conseguir no se sabe qué beneficios, desacuerdos profundos sobre el contenido concreto de las regulaciones jurídicas que se pretenden*”, **ALCAIDE FERNÁNDEZ**²⁷⁶ entiende que sus críticas, “(…) comprensibles en otro momento, han perdido fuerza hoy, y que el consenso sobre el contenido del Derecho es suficiente si se acompaña de una voluntad firme de cumplir y hacer cumplir de buena fe las obligaciones internacionales tal como se desprende del objeto y fin de los Tratados. El reto de lucha contra el terrorismo internacional es, hoy día, no tanto el del desarrollo normativo, cuanto el reto de la voluntad de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (...) La escasa eficacia de la respuesta “normativa” del Derecho Internacional (en adelante DI), esto es, la codificación y el desarrollo progresivo de normas de DI relativas específicamente a la lucha contra el terrorismo, hace ceder dicha respuesta normativa a favor de otras respuestas más “realistas” que, las más de las veces, resultan en un recurso unilateral a la fuerza (p.e., el bombardeo de EE.UU a Libia en 1986. (...) Hoy más que nunca puede albergarse la esperanza de la elaboración de un marco jurídico general para la lucha contra el terrorismo internacional (...). Y la práctica internacional muestra que, junto a la persistencia de censurables recursos unilaterales a la fuerza (p.e., los bombardeos de EE.UU a Irak, en 1993, y a Afganistán y Sudán en 1998), el recurso a mecanismos institucionalizados (como el Capítulo VII de la Carta) puede servir para la lucha contra el terrorismo internacional (p.e., la actuación del Consejo de Seguridad en el “caso Lockerbie” y en relación con otros actos y actividades terroristas, como los atentados perpetrados el 7 de agosto de 1998 en Nairobi, Kenia, y Dar es Salam, Tanzania)”.

XXII.3. La nota de internacionalidad que puede tener el acto terrorista

Esa nota puede consistir en que ese acto se haya preparado en el territorio de un Estado para ser cometido en el de otro; en que sus autores sean o tengan una o más nacionalidades; o que las víctimas también sean o tengan una o más nacionalidades. A su vez, la comisión del delito se puede realizar en más de un Estado o los autores pueden recibir algún tipo de ayuda, tolerancia o pasividad por parte de uno o varios Estados. La necesidad de la cooperación interestatal en la lucha contra el terrorismo se explica porque arremete contra los valores esenciales de toda la Comunidad Internacional y suele socavar sus relaciones de confianza y

²⁷⁵ **GUTIÉRREZ ESPADA, C.** (1986). *A propósito de la adhesión española (1985) a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas (contexto de un tratado internacional, reservas y objeciones, arreglo de controversias.* REDI, XXXVII, p.32.

²⁷⁶ **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). “Las actividades terroristas...”. Ob. cit. p.76 *ut supra*, y 77 *in fine*.

amistad, en definitiva, el mantenimiento de *la Paz y Seguridad* internacionales. Es una obligación abstracta de Derecho Internacional General, recogida en el Derecho positivo en el artículo 4²⁷⁷ de la Convención de *Nueva York* y contra la toma de rehenes, y en el art.13²⁷⁸ de la Convención de *Roma* (de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), no así en la Convención de *La Haya*, que siendo deducida de los deberes que comporta la soberanía se concreta EN SU FACETA PREVENTIVA en dos direcciones: una interna, por primera vez reconocida desde la Sentencia arbitral de 4 de abril de 1928 en el *asunto*²⁷⁹ *la Isla de Palmas*, donde fue Juez *MAX HUBER*, manifestada en *que los Estados deban prevenir la comisión de tales actos en su territorio*; y otra de cara al exterior, nacida con ocasión de los *incidentes Worowski y Janina*²⁸⁰ (1923) o *Chapman* (1930), *manifestada en que los Estados deban también prevenir la organización en su territorio de actividades dirigidas a la comisión de esos actos en el territorio de otro Estado*. Sin embargo, esa necesidad de cooperación estatal en la lucha antiterrorista también puede tener su origen en el ámbito del Derecho de la guerra, es decir, que al fin y al cabo éste constituye una fuente idónea y primaria de la normativa propia de la lucha antiterrorista para los Estados:

XXII.4. La obligación de prevención de cara al exterior

La ilicitud de la cooperación o tolerancia del Estado territorial con las actividades de bandas armadas, a juicio de **ALCAIDE FERNÁNDEZ**²⁸¹, evidencia su conexión

²⁷⁷ Los Estados Partes cooperarán en la **prevención** de los delitos previstos en el artículo 1, en particular: a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de ellos, en particular medidas para prohibir en los mismos las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes; b) intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según proceda, para impedir que se cometan esos delitos.

²⁷⁸ **Derecho a un recurso efectivo**: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo *ante una instancia nacional*, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. (...)”.

²⁷⁹ En 1906 se inició un litigio entre los *Estados Unidos de América* y los *Países Bajos* cuyo objeto era la soberanía sobre la isla de *Palmas*, también llamada *Miangas*, que está situada en el área del archipiélago filipino; éste había sido cedido a los Estados Unidos por España mediante el Tratado de París de 1898, al terminar la guerra hispano-americana. El litigio surgió tras la visita que en 1906 hizo el General americano *Wood* a la isla de *Palmas* y el informe que posteriormente envió a la Secretaría militar del Ejército de los *Estados Unidos*; dicho informe llevó a la conclusión de que la isla era reclamada por los *Países Bajos*. Los *Estados Unidos* alegaban su soberanía sobre la isla de *Palmas* por considerar que estaba incluida en los territorios que les había cedido *España*. Los *Países Bajos* reivindicaban, por el contrario, su soberanía sobre la isla basándose en que venían ejerciendo desde mucho tiempo atrás su autoridad sobre ella. La controversia fue sometida al Tribunal Permanente de Arbitraje [Corte Permanente de Arbitraje] para su resolución por un árbitro único, que fue el jurista suizo *Max Huber*.

²⁸⁰ “Asesinato de los miembros italianos de la misión *Tellini*”. Sociedad de Naciones, Journal Officiel, 5º año, núm.4 (abril 1924), p.524.

²⁸¹ **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). “*Las actividades terroristas...*”. Ob. cit. p.87 tercer párrafo.

con el **deber de neutralidad**²⁸² impuesto a los Estados Partes en caso de conflicto armado; deber que es análogo a la obligación de Aquéllos de respetar y hacer respetar las leyes de la guerra, toda vez que con ocasión del *asunto*²⁸³ *del estrecho de Corfú* en 1949 la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ)²⁸⁴ ya tuvo en cuenta que el fundamento de la prohibición de los actos terroristas está en las consideraciones elementales de humanidad, “*más exigentes incluso en tiempo de paz que durante la guerra*”. Los antecedentes con los que cuenta en la práctica internacional parten de los deberes de neutralidad que los Estados debían de guardar durante los conflictos armados, caso de los deberes de prevención estipulados en varios²⁸⁵ Tratados. En el seno de la Sociedad de Naciones se afirmó la obligación como consecuencia del conocido *atentado en Marsella* que costó la vida al rey *Alejandro* de Yugoslavia y al Ministro francés de Asuntos Exteriores, *Louis Barthou*, en 1934. A su vez, entre la jurisprudencia interna destaca el *caso United States v. Arjona* de 1886, mientras que en la internacional, tanto del TPIJ como del TIJ, ya la destacó el JUEZ MOORE en su opinión disidente

²⁸² El Tribunal arbitral del *Asunto del Alabama* en 1872 aplicó las “*Reglas de Washington*” sobre neutralidad adaptándolas a la lucha contra el terrorismo, lo que le serviría al Consejo de Naciones Unidas en 1934, tras el magnicidio de *Marsella*, adoptar por unanimidad una Resolución que imponía ese deber de abstención de instigar o tolerar en su territorio actos de terrorismo político, debiendo hacer todo lo posible para su prevención y represión, incluso con el deber de prestar asistencia a los gobiernos que la solicitasen. Las “*Reglas de Washington*” referentes a las hostilidades navales y el Tratado del 8 de mayo de 1871 celebrado por *Estados Unidos e Inglaterra*, establecieron las siguientes normas como propias de la condición de estado neutral: emplear debida diligencia para prevenir, dentro de su jurisdicción, el alistamiento, armamento, equipo y salida de buques que razonablemente pueda resumirse están destinados a realizar hostilidades contra un beligerante con el cual se mantienen relaciones de paz; no permitir que los beligerantes utilicen sus puertos o aguas como base de operaciones o con el fin de renovar o aumentar sus recursos militares; emplear la debida diligencia en sus puertos, radas y aguas así como con respecto a todas las personas que están dentro de su jurisdicción, para prevenir que sean violados los derechos precedentes.

²⁸³ El incidente del Canal de *Corfú* se refiere a tres incidentes separados que involucraron a buques de la *Royal Navy* en los estrechos de *Corfú*, que tuvieron lugar en 1946, y se consideran unos de los primeros episodios de *la Guerra Fría*. Durante el primer incidente, buques de la *Royal Navy* fueron atacados desde fortificaciones albanesas. El segundo incidente, el más grave, implicó el uso de minas navales; y el tercer incidente ocurrió cuando la *Royal Navy* llevó a cabo la retirada de minas en una operación en el Canal de *Corfú*, pero en aguas territoriales albanesas, y *Albania* se quejó ante las Naciones Unidas. Esta serie de incidentes llevó a que el *Reino Unido* presentase una demanda en contra de la República Popular de *Albania* en la Corte Internacional de Justicia (conocido como caso del Canal de Corfú). Debido a los incidentes, *Gran Bretaña*, en 1946, rompió las relaciones diplomáticas con *Albania*, que solamente fueron restablecidas en 1991.

²⁸⁴ *Affaire du Détroit de Corfu*, arrêt du 9 d’abril 1949, CIJ Recueil 1949, p.22.

²⁸⁵ El Tratado de Washington de 1871 relativo al Arbitraje del *Asunto del Alabama* entre los EE.UU e Inglaterra, el Tratado de paz y amistad entre los Estados centroamericanos de 1923, la Declaración general de neutralidad de las Repúblicas Americanas de 1939, o La Convención de La Habana de 1928 sobre los derechos y deberes del Estado en caso de conflicto armado interno o *guerra civil*.

en el asunto²⁸⁶ del *Lotus* y, por supuesto, en el asunto²⁸⁷ del personal diplomático y consular de los EE.UU en Teherán.

De todo ello también se deriva que se deba intercambiar la información pertinente entre los Estados y, según tienen manifestado diversas Resoluciones²⁸⁸ de la Asamblea General de Naciones Unidas, la prohibición de lo que en algún momento hemos convenido en denominar como “guerras vicarias”, es decir, que se abstengan de organizar o instigar actos de guerra civil o actos de terrorismo en otro Estado o de ayudar a cometerlos o participar en ellos, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a cometer dichos actos. En este sentido, de entre todas, es importante²⁸⁹ la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/61, de 1985, punto de referencia obligado en la temática del terrorismo, porque además de declarar en su Preámbulo su convencimiento de la importancia de la cooperación internacional, recopila el contenido de todas las anteriores, insta a la celebración de Tratados bilaterales sobre extradición y enjuiciamiento a terroristas, e invita a que se tomen todas las medidas procedentes recomendadas por la Organización de la Aviación Civil (OACI) para impedir ataques terroristas contra los medios de transporte de la aviación civil y otras formas de transporte público.

²⁸⁶ En 1926, *Turquía* procedió a iniciar un juicio contra un ciudadano de nacionalidad francesa que estaba al mando de un buque francés que colisionó con una nave turca en alta mar. Producto del abordaje murieron ocho turcos. *Francia* protestó, alegando que las autoridades turcas no tenían jurisdicción. La Corte Permanente de Justicia Internacional se preguntó sobre la existencia en el Derecho Internacional de alguna regla que prohibiera a *Turquía* el ejercicio de su jurisdicción para conocer de hechos que habían ocurrido fuera de su territorio, resolviendo a favor de *Turquía* por cuanto *las consecuencias del hecho ilícito se habían hecho sentir en una embarcación turca*.

²⁸⁷ Se trató de un ataque armado realizado contra la embajada de ese país el 4 de noviembre de 1979 por estudiantes musulmanes seguidores de la doctrina del *Imán* (“militantes”), que conllevó la ocupación de sus locales, el secuestro de sus ocupantes como rehenes, la apropiación de sus bienes y archivos, y el comportamiento de las autoridades iraníes frente a estos hechos. La Corte decidió (1) que *Irán* había violado y continuaba violando las obligaciones que tenía para con los EE.UU, (2) que esas violaciones comprometían la responsabilidad de *Irán*, (3) que *Irán* debía de liberar inmediatamente a los norteamericanos y devolver inmediatamente los locales a la embajada, (4) que ninguno de esos diplomáticos o cónsules, o su personal, debía ser retenido por *Irán* para ser sometido a procedimiento judicial allí o ser testigo, (5) que *Irán* debía indemnizar a los EE.UU por los perjuicios causados y (6) que su monto sería estipulado por la Corte si no se llegaba a un acuerdo entre los dos Estados.

²⁸⁸ La 34/145, de 1979; 36/109, de 1981; y la 38/130, de 1983, todas ellas coincidentes en el tiempo con la Convención contra la toma de rehenes de 1979 y a las puertas de que en 1988 se elaborase la Convención de la Organización Marítima Internacional (OMI) para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.

²⁸⁹ A juicio de **ALCAIDE FERNÁNDEZ**, J. (2000). Loc.cit.pp.42 y 43 esta Resolución tiene una singularidad especial porque es la primera en la que se recogen y transcriben prácticamente en su integridad las recomendaciones del “Comité de los 35”, incluida la condena específica al terrorismo tras los acontecimientos del *Achille Lauro* y porque, tanto la Declaración de 1994 como su suplemento de 1996, confirman que el consenso parece presidir hoy día el tratamiento del terrorismo internacional en la Asamblea General y que los Estados han tomado conciencia de la necesidad de prevenir y reprimir los actos y actividades terroristas.

La eventual acusación a algunos Estados de practicar una política de terrorismo puede no serlo en el sentido de practicar una política de terrorismo (de Estado²⁹⁰) sino en el de violar la obligación de abstención, deber que consiste en un comportamiento negativo: ha de abstenerse de organizar o cometer por medio de sus órganos actos de terrorismo en el territorio de otro Estado²⁹¹, de organizar y ejecutar acciones terroristas contra otro Estado a través de la actuación en su nombre de bandas armadas, así como de respaldar de forma activa los actos de terrorismo cometidos contra otro Estado²⁹². Por ejemplo²⁹³, consintiendo entrenamientos, planeamientos y preparación de ataques, etc. A efectos de la responsabilidad internacional en que un Estado pueda incurrir, y sobre su falta de diligencia “debida” en llevar a cabo el principio *aut dedere aut iudicare*, a juicio de **ALCAIDE FERNÁNDEZ**²⁹⁴ habrá que tener en cuenta que “(...) *la clave debe buscarse en la obligación de que las autoridades competentes del Estado tomen su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave. En función de esto debe calificarse la licitud o ilicitud del comportamiento de los Estados y la oponibilidad a terceros Estados de dichas medidas*”.

XXII.5. La obligación de prevención de carácter interior

ABAD CASTELOS²⁹⁵ se ha encargado ya de rastrearla y se formula en la Convención contra la toma de rehenes (art.4²⁹⁶), la de Nueva York de 1973 de delitos contra personas protegidas (art.4²⁹⁷), la de Roma de derechos humanos

²⁹⁰ Siguiendo a **GUILLAUME. G.** (1989). “*Terrorisme et droit international*”, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI), t.25, III, pp.297-300, la expresión « *terror de Estado* » se utiliza para significar al menos tres realidades distintas: a) el terror provocado por el Estado como estructura orgánica e institucional (“*state terrorism*”); b) la implicación del Estado en actos y actividades de terrorismo internacional (“*state-sponsored terrorism*”); y c) el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Aquí lo hacemos en su segunda acepción, sin dejar de reconocer que son acepciones que pueden estar conexas.

²⁹¹ El principio que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y el que proscribía la intervención en asuntos internos han sido incumplidos en muchas ocasiones, p.ej. en el incidente del *Rainbow Warrior*. El servicio de inteligencia francés atentó contra ese buque de *Greenpeace* en 1985.

²⁹² A juicio de **ABAD CASTELOS** (1997) Ob.cit, p.104, la manifestación más incumplida. Cita el ataque contra la sede de la Organización de países exportadores de petróleo (en adelante, OPEP) en Viena en 1975. Aunque la operación fuese a cargo del gobierno argelino en su organización y preparación se acusó al jefe *Libio* de su financiación en un periódico egipcio. En el caso *Hindawi*, que hizo romper relaciones diplomáticas entre Reino Unido y Siria en 1986, las autoridades sirias estaban implicadas en actividades terroristas en territorio británico. Por último, es notorio en muchas informaciones de prensa nacional salidas a la luz pública después de la caída del Muro de Berlín que muchos países del antiguo “telón de Acero” apoyaron a grupos terroristas, entre ellos a ETA.

²⁹³ Ejemplo: las imputaciones dirigidas contra los EE.UU., Venezuela y otros países de América Latina por tolerar, además propiciar, ataques terroristas de individuos y grupos desde el exilio.

²⁹⁴ **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). Ob. cit. p.114 *ut supra*.

²⁹⁵ **ABAD CASTELOS. M.** (1997). *La Toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho Internacional*, Ministerio del Interior.

²⁹⁶ Vid Anexo I.

²⁹⁷ Vid Anexo I.

(art.13²⁹⁸), así como en la de *Montreal* sobre apoderamiento ilícito (art.10²⁹⁹), habiendo en ellas un reenvío al Derecho Internacional General.

Se trata de **una obligación compuesta** con un doble deber: El primer deber, que se configura como una obligación de resultado, consiste en que todos los Estados deben organizar y mantener una infraestructura jurídica y administrativa permanente, apta y capaz de afrontar la prevención general de cualquier acto de terrorismo. Este estándar permanente implica una estructura estable en la lucha contra el terrorismo. *Son dos los pasos obligatorios de los Estados*: la adecuación de las legislaciones internas a las Convenciones susceptibles de afectar a la materia en las que son parte y la adopción de medidas mínimas concernientes a la formación y actuación de los servicios de información, fuerzas de seguridad y servicios de policía en general frente a los delitos de terrorismo. Cuando una privación de libertad ha tenido lugar como consecuencia del apoderamiento ilícito de buques y aeronaves se ha tenido que recurrir a la combinación de varios tipos penales internos para castigar una conducta ilícita que internacionalmente está tipificada de modo unificado. Se suele citar el famoso *caso del affaire Minichiello*³⁰⁰.

Hoy ya son muchos los Estados que han ratificado esas Convenciones, pero no todos; si bien la Convención de la toma de rehenes impone un requerimiento en el art.4.a) a sus Estados partes, y es que han de tomar “*en particular medidas para prohibir en su territorio las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes*”. Aunque formar parte de los Convenios de toma de rehenes es una condición *sine qua non* para conseguir una coordinación efectiva de prevención, *son muchos los Estados que aún continúan sin hacerlo*. A su vez, la armonización de las legislaciones internas de los Estados con las Convenciones de las que hayan pasado a formar parte constituiría otra premisa fundamental, además obligatoria para todos esos Estados. La mayoría de los Estados ya tipifican en general los delitos contra la libertad personal, calificándolos en la mayor parte de los casos como “*secuestro*” o “*detención ilegal*”, y estableciendo penas acordes con la naturaleza y gravedad de estos delitos, en cuyo ámbito de aplicación pueden caer prácticamente todos los incidentes de la toma de rehenes. Lo

²⁹⁸ Vid Anexo I.

²⁹⁹ Vid. Anexo I.

³⁰⁰ En 1969 un estadounidense de origen italiano desvió de su ruta un *Boeing* de la TWA al que hizo volar desde *California* a *Nueva York* y después hasta *Roma* bajo la amenaza de una ametralladora. Debido a la ausencia de la figura delictiva del “*apoderamiento ilícito de aeronaves*” en el Código Penal italiano se tuvo que condenar en *Italia* de delitos accesorios al principal, en concreto, de secuestro, coacción y, por último, la introducción, tenencia ilícita y exhibición en público de armas de guerra.

fundamental es que se contemple una tipificación del delito con su correspondiente pena en todos los códigos penales internos³⁰¹.

Sobre su consagración jurisprudencial y arbitral, además del TIJ en el *asunto del personal diplomático y consular de los EE.UU en Teherán* se cita el caso³⁰² del *tratamiento de los ciudadanos polacos o las Zonas francas de la Alta Saboya*. En ellos se consagra el principio según el cual el Estado no puede escudarse en su propio Derecho interno para incumplir las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional General y los Tratados internacionales que le vinculen.

En cuanto a las penas el art.2³⁰³ de la Convención contra la toma de rehenes prevé que cada Estado establecerá las adecuadas teniendo en cuenta la gravedad, aunque se cree oportuno mencionar que en el debate del *Comité Ad Hoc* para la Convención de la Toma de rehenes el delegado *francés*, junto con el *chileno*, eran partidarios de aminorar la pena cuando hubiera una liberación voluntaria de los rehenes. La propuesta fue rechazada por varias razones: Se creía muy difícil determinar en cada caso la voluntariedad de la liberación de los rehenes, así es dudoso que lo fuera en caso de negociaciones y ofrecimientos. La pretendida minoración también supondría imponer límites de actuación a los Tribunales de cada país en perjuicio de la discrecionalidad judicial. Era una

³⁰¹ En el caso español, se contemplan algunas previsiones en el C.P, aunque podría decirse que nuestro legislador no se ha preocupado excesivamente de elaborar normas destinadas a concertar y ajustar la normativa a la *Convención de Nueva York*, en la cual nuestro país es parte (BOE de 7 de febrero de 1986). En el Título XXIV del Libro II del C.P, que lleva por rúbrica "*Delitos contra la comunidad internacional*", se incorporan cuatro capítulos, el primero de los cuales se titula "*Delitos contra el Derecho de Gentes*". Aunque el encabezamiento pudiera hacer incluir un contenido más amplio y, por tanto, más cercano al de su concepto en el ordenamiento internacional, tal impresión es errónea, pues allí tan solo encuentran cabida ciertos delitos cometidos contra el "*jefe de un Estado extranjero*" o contra "*una persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España*". Así en los artículos 605 y 606 se condensa toda la protección concedida a los mencionados representantes extranjeros, que además se hace de acuerdo con el principio de reciprocidad.

³⁰² El departamento francés de *la Alta-Saboya* formó parte hasta 1860 de un Estado independiente, formado y gobernado desde el siglo XI por *la Casa de Saboya*, que después se convertiría en la dinastía de los gobernantes de la *Italia* unificada. Esta familia de grandes señores feudales había fundado su poder sobre el control de los caminos y de los desfiladeros a través de los Pasos de montaña de *los Alpes*. Sus alianzas con las potencias de la época, particularmente con *la Casa de Borgoña*, el papado, los emperadores germánicos y hasta con *Francia* la convirtieron en la potencia gobernante de *los Alpes*. Bloqueado al oeste por la fuerza de los reyes de *Francia*, el condado de *Saboya*, luego convertido en ducado, desplazó su centro de interés hacia el Piamonte y toda la *Italia del Norte*, hasta hacerse con el reino de Piamonte-Cerdeña, el elemento preponderante de la unificación italiana. El departamento de *Alta Saboya* fue creado en 1860, de acuerdo al Tratado de *Turín*. Fue uno de los últimos territorios metropolitanos anexados a *Francia*. Guardó sin embargo de su historia y de su posición fronteriza a la unión de tres países, un particularismo local, una lengua vernácula rica y una marcada fraternidad con el valle de Aosta y la *Suiza* francesa.

³⁰³ *Cada Estado Parte establecerá, para los delitos previstos en el artículo 1, penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos.*

posibilidad ya implícitamente prevista por la Convención en el art.3.1³⁰⁴. Y podría servir de incentivo de la comisión de más delitos en vez de procurar su disminución.

Aunque al final, como decimos, no se incluyó sí está prevista en muchas legislaciones internas³⁰⁵, entre ellas la española (art.163³⁰⁶ C.P). Y lo cierto es que la Convención tampoco la prohíbe, como tampoco la pena de muerte... De hecho, la reintroducción de la pena de muerte para las actividades terroristas, por ejemplo, en *Yemen* o la República Popular *China*, ha ocurrido con los autores de secuestros aéreos.

Y el segundo deber, configurado como una obligación de comportamiento, que consiste en que todos los Estados deben emplear con la diligencia “debida”, y de conformidad con las circunstancias, los instrumentos y medios que componen ese aparato y arbitrar provisionalmente, cuando sea necesario, otras medidas excepcionales. A juicio de **LILLICH**³⁰⁷ y **PAXMAN** el enunciado de “*diligencia debida*” como criterio rector se debe históricamente al árbitro MAX HUBER en el laudo de 1 de mayo de 1925 sobre el *asunto*³⁰⁸ *de las propiedades británicas en*

³⁰⁴ *El Estado Parte en cuyo territorio el delincuente tenga detenido al rehén adoptará todas las medidas que considere apropiadas para aliviar la situación del mismo, en particular para asegurar su liberación, y, una vez que haya sido liberado, para facilitar, cuando proceda, su salida del país.*

³⁰⁵ Arts.364 y 366 C.P Mexicano. Arts. 271 C.P Colombiano. Art.154 C.P de Panamá y 343 C.P francés.

³⁰⁶ 1. *El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.(...)*

³⁰⁷ **LILLICH R.B. & PAXMAN J.M.** (1977). “*State Responsibility for injuries to aliens Occasioned by terrorist activities*”, The American U.L.Rev., 26, p.225.

³⁰⁸ En el siglo XIX, la debilidad del sultanato marroquí lleva a una progresiva intervención de países occidentales en sus asuntos internos, notablemente *Francia*, *Reino Unido* y *España*. En el caso español, con el pretexto de responder a un ataque sobre *Ceuta* llevado a cabo por algunas tribus limítrofes (las tribus de *Anyerá*), *España* ataca a las fuerzas marroquíes desarrollando unas operaciones militares de cierta envergadura que desembocan en la batalla de Los Castillejos, la toma de Tetuán (1860) y la firma de los tratados de 1860 (Tratado de Paz y de Amistad entre *España* y *Marruecos* o de *Wad-Ras*) y 1861. Mediante estos tratados se amplían los límites de *Ceuta* y *Melilla*, se concede a *España* un territorio en Santa Cruz de la Mar Pequeña (lo que sería luego Sidi Ifni) que permita instalar un establecimiento pesquero, se obliga al sultán de *Marruecos* a pagar una indemnización de 100 millones de francos-oro, garantizados por la ocupación de *Tetuán*, *Marruecos* se compromete a la firma de un tratado comercial y a facilitar el establecimiento diplomático español en Fez. Aunque el pago de la indemnización creó enormes dificultades financieras a *Marruecos*, la indemnización fue finalmente pagada, por lo que *Tetuán* fue devuelta el 2 de mayo de 1862. Por estas fechas, *Marruecos* se había convertido definitivamente en una encrucijada de los intereses europeos: *Reino Unido*, muy sensible a cualquier amenaza a su ruta imperial hacia *la India*, recelaba de la presencia francesa en el Norte de África. *Francia*, dueña ya de *Argelia* y poco después de Túnez, desea consolidar su dominio sobre el Norte de África, al tiempo que velaba por la seguridad de *Argelia*, pronto dividida en tres departamentos franceses. *España*, por su parte, buscaba asegurar sus presidios norteafricanos al tiempo que impedir ser ahogada por otros países (notablemente *Francia*). También buscaba una alternativa a los imperios coloniales perdidos en América. Finalmente, *Alemania* intervendría en *Marruecos* buscando atizar

el Marruecos español, donde a la reclamación XXXIX³⁰⁹ relativa a *Menebhi*, ya en Informe de 23 de octubre de 1924 consideró que *España* había cumplido diligentemente su obligación de prevenir los daños ocasionados al tal *Menebhi* por unos particulares.

El intercambio de información para la prevención de los delitos aparece configurado expresamente como una obligación bajo la Convención contra la toma de rehenes y las Convenciones de Montreal, Nueva York, Roma y la OEA (art.8). Pero al preguntarse, por ejemplo, sobre las medidas ya concretas para prevenir la preparación de los actos de toma de rehenes y si la obligación de adoptar “*todas las medidas factibles*” es igual para todos los Estados, **ABAD CASTELOS**³¹⁰ observa de la práctica internacional que “no todos los Estados son iguales”. En cuanto al alcance de la colaboración policial internacionalmente requerida se puede entender tanto como un deber *genérico* como un deber *especial*, pero a su juicio en todo caso debe de ser *un deber constante y mantenido en el tiempo*, es decir, también en el bien entendido de que la concertación de acuerdos para alcanzar una colaboración policial más estrecha “*no es precisamente una posibilidad, sino una necesidad*”³¹¹, si bien en términos relativos y no absolutos, porque en el estado actual de la Comunidad Internacional los distintos Estados no están obligados a adoptar ni el mismo grado de control, ni el mismo tipo de medidas. En todo caso, el deber de actuación continuada y sostenida de los servicios de policía tiene que llevarse a cabo por los Estados unilateral y colectivamente, coordinando sus acciones, como por ejemplo el Acuerdo firmado el 29 de mayo de 1987 entre *España y Francia* para la cooperación antiterrorista. En este sentido **ABAD CASTELOS**³¹² también juzga como hecho “*insólito*” la concesión de competencias extraterritoriales al FBI de los EE.UU a partir del otoño de 1989, y que podría ser un antecedente del caso más actual sobre la polémica de los famosos “vuelos de la Cía”: desde esa fecha sus agentes pueden arrestar en el extranjero a los presuntos delincuentes buscados en ese país *sin necesidad del consentimiento o aprobación de las autoridades del país en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente. Esa decisión de su Departamento de Justicia fue confirmada y avalada por el fallo del TS de los EE.UU el 28 de febrero de 1990, por seis votos contra tres.*

Deben tenerse en cuenta, pues, también factores como los límites, que para suministrar información de este tipo, imponen las leyes o Constituciones de

las divergencias entre *Reino Unido y Francia*. Son precisamente las apetencias alemanas las que fuerzan a *Francia y Reino Unido* a llegar a un acuerdo, de forma que en 1890, *Reino Unido* decide dejar manos libres en *Marruecos* a *Francia* (la cual hace lo propio con *Egipto* en favor de aquella).

³⁰⁹ Recueil des Sentences arbitrales. Vol. II, p.709.

³¹⁰ **ABAD CASTELOS.M.** (1997). Ob. cit., p.74.

³¹¹ *Ibidem*, párrf.21.

³¹² **ABAD CASTELOS.M.** (1997). Ob. cit., p.106 *ut supra*.

algunos países o el grado de relación o confianza que exista entre determinados Estados. Donde más cotas de eficacia se ha alcanzado en cuanto a la organización, sistematización y concertación de tales medidas, ha sido, de una parte, en las relaciones bilaterales entre Estados, mediante la celebración de acuerdos no convencionales o de Tratados especiales de cooperación. Fue así el alcanzado entre los *EE.UU y Cuba* en los setenta. Y en el ámbito multilateral los alcanzados en países occidentales a través del Consejo de Europa y, sobre todo, la *Unión Europea*³¹³. Entre las medidas ya básicas para prevenir los delitos de toma de rehenes que los Estados pueden tomar y que constituyeron el centro de atención de los debates sobre los métodos a seguir dentro de la CDI durante la elaboración de la Convención de Nueva York de 1973, se encuentran, por ejemplo, *la decisión de un refuerzo especial de vigilancia para aquellas personas susceptibles de ser secuestradas* (obligación que se concreta especialmente en un deber de protección más elevado en lo que se refiere a la protección de las personas internacionalmente protegidas), *el estudio de técnicas de negociación*³¹⁴ con los autores de un delito de ese tipo, *o la formación y adiestramiento de unidades especializadas en operaciones de rescate*.

Con relación a los delitos de toma de rehenes cometidos contra el personal diplomático y consular se suelen citar en la práctica tres famosos casos: el de la tentativa de ocupación en 1969 de la embajada de *Corea del Sur* en *Tokyo*; el secuestro, detención como rehén y posterior asesinato del embajador alemán en *Guatemala* en 1970; y también en 1970 el secuestro y detención como rehén del embajador de *Suiza* en *Brasil*. Por su parte, de los delitos de toma de rehenes cometidos de resultas del apoderamiento ilícito de aeronaves: el de 1970, con ocasión del secuestro de cuatro aviones de distintas nacionalidades³¹⁵ por dos

³¹³ Puede verse al respecto **ABAD CASTELOS**. (1993) *La Comunidad Europea: ¿hacia la consagración de un ámbito para la Cooperación en la lucha contra el terrorismo?*; La Cooperación Internacional. XIV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Vitoria 26-28. IX.199, Bilbao, pp.43-611, y **VILARIÑO PINTOS.E.** (1994) "*La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización.*" R.I.E., Vol.21, Nº 1, pp.61-84.

³¹⁴ Sobre este tema existe el debate doctrinal y fundamentalmente político sobre la conveniencia o no del anuncio con carácter previo a cualquier incidente de una política de no concesiones o no negociaciones con los autores de actos terroristas y, principalmente, con los autores de toma de rehenes. Para **ABAD CASTELOS** (2000). Ob. cit. "*La toma de...*", pp.106 y 107, quizá lo más eficaz en la práctica sea una postura intermedia entre esa opción y otra de continua cesión ante las condiciones o chantajes impuestos por autores de secuestros o capturas y retención de rehenes. Según lo requieran las circunstancias de cada caso en particular. Además puede que, a su juicio, esa opción quede, de hecho, reservada a las grandes potencias porque, al margen de que no sea siempre eficaz, "*no impone esa política quien quiere, sino quien puede*".

³¹⁵ El Gobierno de EE.UU reaccionó con el anuncio de la inmediata presencia de agentes de seguridad armados a bordo de los aviones norteamericanos con vuelos internacionales (recordemos que a partir del 11-S también ya nacionales) y la colocación de sistemas magnéticos destinados a detectar la instalación de armas y explosivos en los aviones y aeropuertos. También el Comité Jurídico de la OACI se reunía a partir de 1972 para adoptar medidas como la suspensión de las comunicaciones aéreas con aquellos Estados que se negaban a extraditar o enjuiciar a los autores de los desvíos de aeronaves que buscasen refugio en sus territorios. A su vez, en 1980

comandos palestinos en *Jordania*, o la reacción de la Federación Internacional de Pilotos (IFALPA) como consecuencia del desvío de su ruta de dos aviones de la antigua *Checoslovaquia* sobre la antigua RFA, y el asesinato del piloto del primer avión en 1972.

XXIII. EL CASO DE ESPAÑA

XXIII.1. El Código Penal Común

Si nos referimos al caso español nuestro país forma parte de la Convención contra la toma de rehenes desde 1984 (BOE de 7 de julio de 1984). Aunque no ha promulgado ninguna legislación especial sobre “*la toma de rehenes*” esa conducta puede encajarse en el tipo español de “*detención ilegal*” o de “*secuestro*” y en todo caso se debe de conectar con los “*delitos de terrorismo*” del propio Código cuando son cometidos por bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas³¹⁶.

En lo que atañe a los actos de colaboración armada, organización o grupo terrorista del vigente artículo 576 son conductas que revisten particular interés “*la información y vigilancia de personas*” (el espionaje) y “*la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos*”. Desde la inclusión expresa de estas conductas es posible castigar aquellas conductas de personas ajenas, *pero de algún modo vinculadas a una organización terrorista*, que consistan por ejemplo en observar, vigilar o fotografiar a personas susceptibles de convertirse en próximas víctimas de un delito de secuestro. A este último respecto podríamos poner como ejemplo la Sentencia de 23 de diciembre del 2004 de la Sala II de lo Penal del TS, donde figura como Ponente D. *Juan Saavedra Ruiz*, sobre condena de unas amenazas terroristas (en el caso, las de ser expulsado de *Euskal Herria*) por quien no pertenece a banda armada y en aplicación del art.577³¹⁷ del CP de 1995. Una novedad con respecto a la regulación anterior fue la introducción de la conducta de “*acondicionar*”, mientras que para **ABAD CASTELOS**³¹⁸ no es fácil el esclarecimiento y encasillamiento en el tipo penal de la conducta que consista en utilizar los alojamientos, teniendo en cuenta que se está ante conductas de colaboración o favorecimiento, distintas, por tanto, de la autoría de la cooperación necesaria y de la complicidad. En este sentido la STS de 2 de febrero de 1987 se refiere a estas conductas como actos preparatorios especialmente castigados como favorecimiento, los cuales constituyen una “*figura distinta aunque periférica a la participación*”. Esto provoca que la conducta típica de la “*utilización*” de alojamientos por los colaboradores

consideró normas, procedimientos y prácticas recomendadas para que los Estados renunciasen a prohibir en su territorio los aterrizajes de aeronaves desviadas.

³¹⁶ Vid Anexo I.

³¹⁷ Vid Anexo I.

³¹⁸ **ABAD CASTELOS.M.** (1997). Ob. cit. , “*La toma de...*” p.89 *in fine*.

deba considerarse de modo restrictivo para que no albergue actividades que excedan del simple favorecimiento, si se pretende que su contenido sea considerado como acto de colaboración a la luz de este artículo 576³¹⁹. En esta clase de delitos se necesita como elemento subjetivo del injusto el favorecimiento a la realización de las actividades o la consecución de los fines de la organización terrorista, pues de lo contrario no sería una conducta típica, y, por último, hay que tener en cuenta que en el caso de las acciones de información o vigilancia de personas ya no ha de tratarse necesariamente de actos de cooperación genérica (como hasta la entrada en vigor de la reforma de 1995 del Código Penal).

En lo que concierne a los delitos contra la libertad personal probablemente la conducta internacionalmente típica de toma de rehenes alcanza su equivalente más perfecto con la figura penal de secuestro del art.164³²⁰ del Código Penal. Otro elemento típico de la conducta del delito internacional de toma de rehenes es la necesaria concurrencia de una amenaza de matar, herir o mantener detenida a la víctima del delito. En la legislación española vigente no es posible hallar una referencia específica a un elemento análogo. Sin embargo, con anterioridad a la Ley “antiterrorista” española de 1978 se hacía una referencia específica a la amenaza de muerte como motivo de agravación de la figura básica de la detención ilegal. Su desaparición ha sido causa de alguna muy razonable reacción de sorpresa y crítica en la doctrina penalista; pero aunque aquellas amenazas no se integren de forma explícita en el tipo español de secuestro, la doctrina penalista interna reconoce que la violencia, la fuerza física o la amenaza de la misma que recae directamente sobre la víctima o sobre las cosas constituye un medio idóneo para la comisión del delito de detención ilegal.

Respecto a la cuestión punitiva, según criterio de **ALCAIDE FERNÁNDEZ**³²¹ nuestro Código exaspera la sanción penal de los delitos de terrorismo, a veces en términos desproporcionados por razón de la cualificación del sujeto pasivo. La punición de los mismos hechos cometidos al margen de un grupo terrorista (art.577³²²) pone de manifiesto la voluntad esencial del legislador (desde el doble

³¹⁹ Vid Anexo I.

³²⁰ *El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.*

³²¹ **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). Ob. cit. Pág.102-103.

³²² *Los que, sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o*

punto de vista de *mens legis* y *mens legislatoris*) de combatir los grupos terroristas. Además, contempla la posibilidad de atenuar la pena para los terroristas “*arrepentidos*” (art.579³²³) y la aplicación de la agravante de reincidencia mediante la aplicación a tales efectos de la condena de un Juez o Tribunal extranjero a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles (art.580³²⁴). Asimismo, ya se dijo que con arreglo al art.163³²⁵ del CP cabe la minoración de pena por liberación de rehenes.

Por último, tras los notorios “**atentados Charlie Hebdó de París**” en Enero del 2015 se ha procedido a doce³²⁶ enmiendas de reforma del Código Penal español, fruto de un Pacto de Estado. Lo más llamativo es que a los delitos de terrorismo con resultado de muerte les será aplicable la máxima pena privativa de libertad (la prisión permanente revisable), extremo que por **STEDH de 3 de febrero del 2015** parece amparar al considerar que la cadena perpetua no debe ser considerada como un trato inhumano o degradante si contiene mecanismos para ser revisada. Nuevas figuras delictivas son la de los “lobos solitarios” y la de “**los retornados**”, toda vez que conductas como la del desplazamiento a otros países para recibir adiestramiento en el uso de armas, el adoctrinamiento pasivo a través de internet o la incitación a cometer atentados a través de las redes sociales no estaban hasta ahora castigadas.

Y cambiando de tercio, surge una pregunta:

¿Qué delitos del Código Penal Militar español pudiera cometer un terrorista?

XXIII.2 El Código Penal Militar y la Jurisdicción castrense Ahora bien, si atendiendo a los bienes jurídicos protegidos del Código Penal Militar, *nos preguntamos qué delitos previstos en él pudiera en su caso cometer un terrorista,*

sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior.

³²³ Vid. Anexo I.

³²⁴ *En todos los delitos relacionados con la actividad de las organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.*

³²⁵ **1.** *El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.***2.** *Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.***3.** *Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.* **4.** *El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.*

³²⁶ **Primera.** Lobos solitarios: se desvincula los tipos de terrorismo del concepto “organización” al regularse esta figura.**Segunda.**Elevación de penas.**Tercera.**Tenencia de armas.Se penaliza aunque no se pertenezca a organización terrorista.**Cuarta.**Adiestramiento.Se penaliza el pasivo y autorradicalización. **Quinta.**Financiación.Se penaliza aunque no se pertenezca a la organización o se actúe por imprudencia.**Sexta.**Menores. Se agrava su adiestramiento.**Séptima.**Pertenencia. Se amplía el concepto a organización terrorista.**Octava.**Enaltecimiento. Se agrava si se realiza por medios tecnológicos.**Novena.**Internet.Se penaliza la difusión de ideas terroristas por este medio.**Décima.**Provocación.**Undécima.**Inhabilitación.**Duodécima.**Reincidencia (agravante).

militar o civil, o ser partícipe de él como “extraño”, o su conducta calificada de conspiradora, provocadora o de propuesta, según nos encontremos en situación de paz, de estado de sitio, o de guerra, respecto del origen de la normativa actual en España debiéramos hacer las siguientes consideraciones previas **a efectos de su hipotético enjuiciamiento por la jurisdicción militar:**

Los aspectos procesales. En esta materia el art.117.5 de la Constitución española dispone que “*El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución*”, quedando a continuación, en el punto 6, prohibidos “*los Tribunales de excepción*”. **ANTÓN ONECA y JIMÉNEZ DE ASÚA**³²⁷, ya en tiempos de la Constitución republicana de 1931³²⁸, junto con la Constitución italiana de 1947³²⁹, defenderían una justicia militar circunscrita a los actos atentatorios contra el Ejército y la disciplina siempre y cuando fueren cometidos por militares, pues si fueren cometidos por paisanos a su juicio la jurisdicción competente siempre debía de ser la ordinaria. Por su parte, **OSSORIO Y GALLARDO**³³⁰ sí admitía que pudiera juzgar a civiles en los reducidos casos donde sus actos delictivos también afectaran directa y especialmente a la eficacia de los Ejércitos, posición esta última que en línea ya inicialmente teórica encajaría más con la posibilidad de que la jurisdicción militar pudiera también juzgar a terroristas.

Por otro lado, si nos atenemos al espíritu del Texto constitucional actual **FERNÁNDEZ SEGADO**³³¹ aborda la problemática interpretativa del art.117.5 fijando dos cuestiones de antemano, es decir, en primer lugar que el espíritu que podía subyacer a una cláusula de salvaguardia de los Tribunales de excepción no era otro que el de proteger la posibilidad constitucional de que la Ley Orgánica de desarrollo del estado de sitio pudiera atribuir, en ese supuesto de tanta gravedad, el conocimiento de determinados hechos delictivos a la jurisdicción castrense, posibilidad que al final puede entenderse lograda con la simple referencia a los

³²⁷ **ONECA, A. & JIMÉNEZ DE ASÚA, L.** (1930). *Derecho Penal*, Vol. II, Madrid, p.428 y ss.

³²⁸ Su **art.95** proclamaba que “*la Administración de justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes*”, que “*la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados*”, que “*no podrá establecerse fuera alguno por razón de las personas ni de los lugares. Se exceptúa el caso de guerra, con arreglo a la Ley de Orden público*”, y que “*quedan abolidos todos los tribunales de honor, tanto civiles como militares*”.

³²⁹ Su **art.103.3** dispone que “*Los Tribunales militares, en tiempo de guerra, tienen la jurisdicción establecida por la ley. En tiempo de paz, tienen jurisdicción por los delitos militares cometidos por las personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas*”.

³³⁰ **OSSORIO & GALLARDO, A.** (1929) *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, Base 31, p.225

³³¹ **FERNÁNDEZ SEGADO, F.** (1992) *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del poder Judicial (CGPJ), Cuadernos de Derecho Judicial, Monografías/4/.Pp.11-102.

supuestos de estado de sitio; y en segundo lugar, que el *iter* del constituyente revela sobre ese precepto – a diferencia de lo que ocurrió en la Constitución alemana de *Weimar*, que suprime la jurisdicción militar salvo para época de guerra o a bordo de buques de guerra- la ausencia de posicionamientos contrarios a la existencia de la jurisdicción castrense y a su constitucionalidad. Ya en la interpretación concreta del precepto constitucional español que la regula cabe decir que la proclamación del principio de unidad jurisdiccional comporta que en todo caso, y a efectos del Derecho Internacional, la jurisdicción es única en cuanto que dimana de la soberanía, y que a efectos del Derecho interno la Administración de Justicia y la legislación procesal es una competencia exclusiva del Estado a tenor de lo previsto en los arts.149.1, números 5 y 6, de nuestra Ley superior. Con la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, se reformó el Código de justicia Militar de 17 de julio de 1945 con el fin de fortalecer las garantías procesales y de defensa en la jurisdicción militar, así estableciendo el reconocimiento del derecho en todo caso, para el ejercicio del derecho de defensa, a nombrar abogado en ejercicio, como también del derecho a solicitar designación de defensor de oficio, letrado o militar, y a gozar de los derechos constitucionalmente reconocidos en los arts.17 y 24 de la Constitución; el reconocimiento del derecho del que asimismo gozan los detenidos a asistencia de abogado en la realización de las pertinentes diligencias, y el alargamiento de plazos (de cuatro horas a un día) en los juicios sumarísimos. Va a ser posteriormente la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de Julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar el Texto (LOCOJM) que vertebró la jurisdicción castrense sobre la base de un conjunto de principios orgánicos novedosos.

En su art.2³³² *el principio de exclusión de la función jurisdiccional de los órganos militares de mando* (de armas), circunscribiéndose aquélla a los órganos judiciales militares, lo que implica optar por un criterio de tecnificación jurídica frente al tradicional de una manifestación más del mando (sin perjuicio de que, en su día, por aplicación de lo dispuesto en el art.111³³³ -hoy derogado- aquél tuviera el cauce de un recurso de casación si por la decisión adoptada judicialmente entendiera que con ella se pusiera en peligro la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar cuando el inculpado les estuviera jerárquicamente subordinado o el hecho se hubiera cometido dentro del territorio de su mando y el inculpado perteneciese al mismo Ejército, recurso que el mando haría a través de su Asesor jurídico hasta el punto de que dicho asesor pudiera personarse en los autos representándolo y actuando bajo sus órdenes).

³³² *El ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta Ley.*

³³³ Derogado por el art.3 de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de Julio, por la que se modificó la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante, LOCO).

Otro principio sería el del art.6³³⁴ y relativo a *la consagración del principio constitucional de independencia de jueces y magistrados* sobre la base de entender que aquélla adquiere su carácter pleno, reconociéndosela legal y estatutariamente en el ejercicio de sus funciones, estipulando la inamovilidad y su responsabilidad, de forma que estos jueces -a la par que los integrantes de jurisdicción ordinaria- están sólo sometidos al imperio de la Ley y su nombramiento, designación y cese se ha de hacer en la forma prevista en la propia norma legal, no pudiendo ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías legalmente establecidas y estableciendo como mecanismo el que la persona que considere que su independencia está siendo perturbada lo puede poner en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al juez o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí misma las diligencias indispensables para asegurar la justicia y el orden público. Asimismo, por *el principio de tecnificación jurídica* desaparecieron los Consejos de guerra en cuanto que el antiguo Consejo Supremo de Justicia militar estaba integrado por Oficiales Generales o Almirantes designados por el Ministerio (hoy de Defensa) y en todo caso por personas que sólo tenían una aproximación circunstancial con el Derecho, optándose ahora por la vía de un jurado de escabinado entre cuyos componentes de Tribunal hay también, en menor número, y como vocales, los que sólo tienen la condición de ser profesionales de las Armas, y ello sin perjuicio de que en el seno ya del Tribunal Supremo haya un primer órgano judicial militar conformado por la Sala V de lo militar con el fin de completar así *el principio de unidad jurisdiccional* a su vez también manifestado con la dependencia de la Fiscalía Jurídico Militar al Fiscal General del Estado, integrándose en el Ministerio Fiscal, para promover la acción de la justicia y actuar en defensa de la legalidad y de los derechos e intereses tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados, habiendo asimismo de velar por la independencia de los jueces militares.

También es importante observar que el derecho de defensa, a raíz de esta Ley, queda sujeto a un conjunto de especialidades que pueden deducirse de situaciones excepcionales, toda vez que el art.107³³⁵ prescribe que en unidades

³³⁴ *Todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar. Los órganos de la propia jurisdicción no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por órganos judiciales inferiores, sino en virtud de la resolución de los recursos que las leyes establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto.*

³³⁵ *En unidades fuera del suelo nacional y en buques navegando, cuando fuere preciso instruir diligencias o procedimiento judicial, se informará al interesado que, para su defensa y hasta llegar a suelo español, puede designar a cualquier Oficial de la fuerza o buque. De no hacer designación alguna, se le nombrará de oficio, a cuyo fin se establecerá un turno de los Oficiales destinados en*

fuera del suelo nacional y en buques navegando, cuando fuere preciso instruir diligencias o procedimiento judicial, se informará al interesado que, para su defensa y hasta llegar a suelo español, puede designar a cualquier Oficial de la fuerza o buque. De no hacer designación alguna, se le nombrará de oficio, a cuyo fin se establecerá un turno de los oficiales destinados en la unidad o buque de que se trate.

Los aspectos sustantivos. La Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, buscó el acomodo a lo acordado por los Pactos de la Moncloa de 27 de Octubre de 1977. A nuestros efectos estos pactos consistieron en restringir el Código de Justicia Militar al ámbito de los delitos militares, limitar la competencia de la jurisdicción castrense a los actos cometidos en centros, establecimientos o lugares estrictamente militares, revisar los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyan delito militar, y fortalecer las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de jurisdicción militar. Se intenta, pues, resolver la dualidad de algunas tipificaciones que se superponían en el Código Penal, restringiendo materialmente el Código de Justicia Militar al ámbito de los delitos militares, precisando más algunas figuras como la de rebelión militar, ampliando el lugar de los estrictamente castrenses al considerar también como tales el mar territorial, las aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo nacional, cuando el atentado o riesgo causado amenazase los intereses de la defensa militar del Estado y sus medios militares de guerra, y por razón de la persona otorgando a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares, con la sola salvedad de que los hechos afectaren al buen régimen y servicio en las Fuerzas Armadas, en cuyo caso conocería la jurisdicción marcial. La más trascendente innovación de esa ley del año ochenta es que vincula la competencia de esa jurisdicción con la afectación de ciertos bienes jurídicos de especial interés para los Ejércitos, que son *el buen régimen y el servicio en las Fuerzas Armadas, la seguridad militar, la soberanía nacional y los compromisos internacionales contraídos por España en ciertas materias*.

El concepto jurídico indeterminado de la “*afectación del buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas*”, sin tener una connotación negativa como criterio de atribución de competencia, tiene el inconveniente de que podría ampliar hasta el infinito el alcance de la jurisdicción militar, pero pese a ello sería el que a la postre distribuiría las competencias entre la jurisdicción ordinaria y la militar bajo el bien entendido de que *el régimen de las Fuerzas Armadas* quedaría afectado cuando se incidiera sobre su estructura, sobre su ordenación general y, por ello, sobre la

la unidad o buque de que se trate. La Ley Procesal Militar determinará las exenciones y excusas para actuar como defensor militar.

disciplina, la jerarquía y la unidad de la institución, mientras que *el servicio* quedaría afectado cuando se refería a las funciones inherentes y propias de los Ejércitos. Otras cláusulas no menos problemáticas de atribución de jurisdicción a la castrense, pero más específicas y menos general que la anterior, eran el decoro de las clases militares, la seguridad de las Fuerzas Armadas, la soberanía nacional, la seguridad militar, la afectación de los compromisos internacionales contraídos por España y la incidencia sobre el tráfico o normas aéreas de aeronaves militares.

Como quiera que el art.117.5 de la CE regula el ejercicio de esta jurisdicción “*al ámbito estrictamente castrense*”, según los parámetros vistos de la reforma de 1980 a esa cláusula cabía darle una interpretación laxa no sólo como la que el legislador ya le dio de por sí, sino que junto con el empleo cada vez más plausible de conceptos jurídicos indeterminados como los apuntados todo ello suscitaba ser la principal fuente de innumerables conflictos jurisdiccionales entre la ordinaria y la militar, lo que al final se intentó evitar con el fuerte giro de dirección dado por el art.3.2³³⁶ de la actual Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, al entenderse ya que “*el ámbito estrictamente castrense*” se debía de circunscribir a los delitos militares, de forma que el criterio de competencia de la jurisdicción militar no es por razón del lugar ni de la persona sino por razón de la materia o del delito.

RODRÍGUEZ DEVESA³³⁷, tratando ya de comentar el Código Penal Militar, entendía que la razón inconfesada de tan escasa competencia de la jurisdicción militar mediante el criterio que se ha dejado sentado obedece a su “recelo” histórico, sobre todo en nuestro país, por el abuso que a veces se ha hecho de ella como instrumento de represión política y, en otros, por el peligro de ser en su caso utilizado como instrumento insertado dentro de la estructura de un terrorismo de Estado. No obstante, el tema no quedaba resuelto completamente toda vez que no estaba cerrada la posibilidad de que no por vía procesal, sino sustantiva, es decir, por vía del Código Penal Militar, este texto sí tipificase delitos no reconducibles a lo estrictamente militar. Compartimos con **FERNANDEZ**

³³⁶ *La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 9.º, apartado 2, de esta Ley (Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieron en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente.)*

³³⁷ **RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a**. (1987). *Algunas consideraciones sobre el Código Penal Militar español de 1985*, en RGD números 517-518, p.5681 y ss.

SEGADO³³⁸ que dejando a un lado los prejuicios como los ya señalados, y *a priori*, esta última solución de que pudiese tipificar delitos no reconducibles a lo estrictamente militar, entre ellos quizá hasta el terrorismo, por cuanto que a veces no deja de ser una táctica incluso propiamente militar, tal como vimos, puede tener sus legítimos defensores doctrinales.

La tipificación de los delitos militares puede hacerse en función de los intereses de las Fuerzas Armadas, de su buen régimen y servicio, en orden al mejor cumplimiento de su alta misión constitucionalmente encomendada en el art.8, criterio que sería en definitiva el determinante de la atribución de competencia formalizándolo a través del delito del Código Penal Militar y sustantivo. Es a tenor precisamente de esta solución a partir de la cual nace el planteamiento que nos habíamos hecho al principio de este punto, es decir, si a través de los bienes jurídicos contemplados en los delitos militares cabe diferenciar los que son propios, en cuanto que es un militar el que los quebranta (y sin perjuicio de que pueda participar indirectamente un extraño para su comisión), de los que no lo son, es decir, aquellos que llamamos impropios porque se pueden cometer por personas civiles y, por tanto, por un terrorista en calidad de tal como el sujeto activo de un ataque a un bien jurídico castrense, o pluri-ofensivo, lo que conlleva que en línea teórica también pudiera ser juzgado con arreglo al Código Penal Militar y por la jurisdicción castrense en su caso, es decir, según las circunstancias de paz, de guerra o de estado de sitio:

A) **Con la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre**, por el que se aprobó el CPM hoy ya derogado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar:

- Delitos contra la seguridad y la defensa nacional (Título I): Este Título es uno de los que más excepciones nos ofrece en tiempo de guerra respecto de la regla general de que sólo un militar puede cometer una conducta tipificada en el Código Penal Militar. Aquí se encuentran *la traición, el espionaje, la revelación de secretos y el sabotaje*. Es muy difícil deslindar la defensa militar de la defensa nacional, por lo que el legislador ha regulado estas figuras tanto en el Código Penal común³³⁹ como en el militar. Serán un delito militar cuando el sujeto activo sea un militar o, no siéndolo, se cometa en tiempo de guerra, locución esta última que, a efectos del Código Penal Militar, se refería en el art.14 al *“período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas”*. Cualquier civil como persona ajena a las

³³⁸ **FERNÁNDEZ SEGADO, F.** (1992) *“La Jurisdicción Militar”*, Consejo General del poder Judicial (CGPJ), Cuadernos de Derecho Judicial, Monografías/4/.Pp.11-102.

³³⁹ Títulos XXI, XXII y XXIII del Libro II.

Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra (o de sitio, en su caso), podrá cometer:

1. El delito de traición militar por la realización de actos de espionaje militar (art.50³⁴⁰-actual art.25-);
2. Si ese mismo acto de espionaje militar lo realiza un civil o incluso un militar, pero en todo caso extranjero, será ya el delito de espionaje militar (art.52³⁴¹-actual art.25-);
3. También podrá cometer la revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional o defensa nacional (arts.53, 54, 55 y 56 –actual art.26-)³⁴²;
4. Atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional (sabotaje, previsto en los arts.57 y 59 –actual art.27-)³⁴³;
5. Desobediencia a bandos militares, pero aquí también

³⁴⁰ *El español que en tiempo de guerra realizare actos de espionaje militar, conforme a lo previsto en el capítulo siguiente, será considerado traidor y condenado a la pena de veinte a veinticinco años de prisión. El militar que realizare dichos actos en tiempo de paz será condenado a la pena de diez a veinticinco años de prisión.*

³⁴¹ *El extranjero que, en tiempo de guerra, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de quince a veinticinco años de prisión. La tentativa se castigará con las mismas penas privativas de libertad establecidas para el delito consumado.*

³⁴² **(Artículo 53)** *El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional, a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o relativa a industrias de interés militar, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión. Si la información no estuviese legalmente clasificada se impondrá la pena de uno a seis años de prisión. El español que en tiempo de guerra cometiera estos delitos incurrirá en la pena de cinco a veinte años de prisión. **(Artículo 54)** Las penas establecidas en el artículo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino. 2.º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión. **(Artículo 55)** El militar que tuviera en su poder, fuera de las condiciones fijadas en la legislación vigente, objetos, documentos o información clasificada relativos a la defensa nacional, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. Con las mismas penas será castigado el militar que, sin autorización expresa y por cualquier medio, reprodujera planos o documentación referente a zonas, instalaciones o material militar que sean de acceso restringido o reservado por su relación con la seguridad o la defensa nacional. Al español que en tiempo de guerra cometiera estos delitos se le impondrá la pena de tres a diez años de prisión. **(Artículo 56)** El militar que, por razón de su cargo, comisión o servicio, tuviere en su poder o conociera oficialmente documentos, objetos o información legalmente clasificada o relativa a la seguridad o defensa nacional, y por imprudencia diera lugar a que sea conocida por persona no autorizada o fuera divulgada, publicada o inutilizada, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Al español que en tiempo de guerra cometiera este delito se le impondrá la pena de prisión de uno a seis años.*

³⁴³ **(Art.57)** *El que, en tiempo de guerra, intencionadamente destruyere, dañare o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques, aeronaves, medios de transporte o transmisiones, vías de comunicación, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos de la defensa nacional, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años. **(Art.59)** El militar que denunciare falsamente la existencia, en lugar militar, de aparatos explosivos u otros similares o entorpeciere intencionalmente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misiones de los Ejércitos, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión. Al español, que en tiempo de guerra, cometiera este delito se le impondrá la pena de prisión de cinco a quince años.*

para los casos de estado de sitio (art.63³⁴⁴ -actual art.30-); derrotismo (art.64³⁴⁵), y, por último la conspiración, proposición y provocación para la comisión de delitos contra la seguridad nacional y la defensa nacional (art.66³⁴⁶-actual art.33-). La única conducta delictiva en la que el sujeto activo puede ser un no militar, en tiempo de paz, es el allanamiento de dependencia militar (base, acuartelamiento o establecimiento militar).

- Delitos contra las leyes y usos de la guerra (Título II): Siendo aquí el bien jurídico protegido el Derecho Humanitario de la *Guerra* el sujeto activo sólo puede ser un militar para que sea castigado en virtud del Código Penal Militar, pero en el Código Penal Común no es necesario que lo sea a tenor de las equivalentes conductas contempladas y castigadas en el Capítulo III del Título XXIV, por lo que en este último caso conocerá la jurisdicción ordinaria.
- El delito de rebelión en tiempo de guerra (Título III): Este delito tiene un carácter primordialmente político nacido con motivo de los pronunciamientos militares dados en la Historia, aunque el bien jurídico que intenta proteger, cual es la organización político-constitucional del Estado, no es castrense. Por ello *en el Código Penal Militar sólo está previsto para tiempo de guerra* independientemente de que la mayoría de sus tipos puedan ser cometidos tanto por militares como por civiles, cabiendo además la conspiración, proposición y provocación.
- Delitos contra la nación española y contra la Institución Militar (Título IV): Aunque aquí el bien jurídico protegido es pluriofensivo en la medida en que muchos casos tales bienes son de naturaleza común, si el sujeto activo es militar en él produce *una especial incidencia sobre las Fuerzas Armadas*, pero en algunos casos aquélla también se produce si su sujeto activo es un civil incluso en tiempo de paz puesto que, por ejemplo, en el caso de un delito contra centinela, fuerza armada o policía militar, se ataca a la seguridad de las

³⁴⁴ *El que se negare a obedecer o no cumpliera las prescripciones u órdenes contenidas en los Bandos que, de conformidad con la Constitución y las leyes, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años o con la de confinamiento o destierro, siempre que al hecho no le corresponda una pena superior con arreglo a las disposiciones de este Código.*

³⁴⁵ *El que, declarada o generalizada la guerra, con el fin de desacreditar la intervención de España en ella, realizare públicamente actos contra la misma o contra las Fuerzas Armadas españolas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión o con la de confinamiento o destierro. Con la misma pena será castigado el que en igual forma y circunstancias divulgare noticias o informaciones falsas con el fin de debilitar la moral de la población o de provocar la deslealtad o falta de espíritu entre los militares españoles. En ambos casos, si el culpable fuere militar se impondrá la pena en su mitad superior. La defensa de soluciones pacíficas a los conflictos no será considerada derrotismo bélico a los efectos de este artículo.*

³⁴⁶ *La conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de este título, la apología de los mismos o de sus autores y los actos de auxilio serán castigados con la pena inferior en grado a las respectivamente señaladas.*

Fuerzas Armadas y de sus instalaciones, así como el normal desarrollo de las funciones militares. Por ello tipifica ese delito (art.85³⁴⁷, actuales arts.34 y 35) en su modalidad de desobediencia, resistencia o maltrato independientemente de la condición militar o no de quien lo cometa; ya en el caso de atentados y desacatos a autoridades militares (arts.87 y 88)³⁴⁸, de su honor y seguridad, su sujeto activo tiene que ser ya un militar, excepto en tiempo de guerra, donde también podría ser un civil. Por su parte, el ultraje a la Nación o a sus símbolos (art.89³⁴⁹, actual art.36), así como la injuria a los Ejércitos, su sujeto activo sólo puede ser un militar.

- Delitos contra la disciplina militar (Título V): Aquí, como núcleo de delitos más propiamente castrenses, su sujeto activo sólo puede ser un militar excepto en el único caso de la incitación a la comisión del delito de sedición militar (art.95³⁵⁰ -actual art.38-) si además tiene lugar en tiempo de guerra.
- Delitos contra la eficacia del servicio y contra los deberes del servicio (Título VI): Si lo que se tutela aquí es el honor militar cabe cometer los delitos de

³⁴⁷ *El que desobedeciere o se resistiere a obedecer órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. El que maltratare de obra a un centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. En tiempo de guerra o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de dos a diez años en ambos casos. Si el maltrato fuere efectuado con armas, se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior. Si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se ocasionare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años. En tiempo de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión. En las mismas penas incurrirá el militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedeciere órdenes de fuerza armada y todo aquel que, en tiempo de guerra, cometa este delito.*

³⁴⁸ **(Artículo 87)** *El que en tiempo de guerra atentare contra la Autoridad militar con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, causándoles la muerte o lesiones muy graves, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años. Cuando se produzca otro resultado, la pena será de cinco a quince años de prisión. El militar que, en tiempo de paz, cometa este delito será condenado a la pena de quince a veinticinco años de prisión si produjere la muerte; cinco a quince años de prisión si le causare lesiones muy graves y tres meses y un día a cinco años de prisión si se produjere otro resultado. En todos los supuestos de este artículo se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo. (Artículo 88) El que en tiempo de guerra, sin estar comprendido en el artículo anterior, resistiere a Autoridad militar, le desobedeciere en el ejercicio de su cargo o le amenazare, calumniare o injuriare, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años. El militar que, en tiempo de paz, cometiere este delito será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión. En todos los supuestos podrá imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.*

³⁴⁹ *El militar que ofendiere o ultrajare a la Nación española, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas será castigado con la pena de uno a seis años de prisión, pudiendo imponerse además, la pena de pérdida de empleo. Cuando el delito fuere cometido con publicidad o cualquier medio de difusión se impondrá la pena de tres a diez años de prisión.*

El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años.

³⁵⁰ *El que, en tiempo de guerra de palabra, por escrito, impreso u otro modo de posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de sedición militar, a las tropas a comportarse con indisciplina, o al incumplimiento de deberes militares o hiciera apología de la sedición militar o de los sediciosos será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. El militar que en tiempo de paz cometa este delito será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años.*

cobardía, deslealtad y contra el decoro militar, delitos donde en todos ellos es necesario que su sujeto activo sea un militar por cuanto que se trata de delitos exclusivamente de tal clase, así de conductas que van desde el abandono injustificado del puesto frente al enemigo (art.107³⁵¹- actuales arts 51 a 60-), pasando por las capitulaciones injustificadas (arts.111 y 112 –actual art.53-)³⁵², y hasta el facilitar la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos confiados a su custodia. Igual ocurre si se trata de delitos contra el servicio de armas (como el caso de un abandono del servicio o del abandono de su puesto por el centinela –hoy arts.67 a 70-), los delitos contra los deberes del servicio en la medida en que suponen una omisión o denegación de auxilio, *pero no así en los delitos contra los deberes del servicio relacionados con la navegación* (Título VII) cuando está referida a los miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares convoyados, bajo escolta o dirección militar, que admiten que en tiempo de guerra o de una declaración de estado de sitio sí pueda ser cometido por un civil.

- Delitos contra la Administración de Justicia Militar: (Título VIII) donde siendo el bien jurídico protegido la recta administración de la justicia en todas sus modalidades tipificadas, salvo en una (art.181³⁵³), puede ser su sujeto activo tanto un civil como un militar.
- Por último, los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar: (Título IX) protectores del patrimonio castrense, salvo en dos modalidades, en todos los supuestos su autor debe de ser un militar. Es decir, sí puede ser un civil quien incumple contratos con la Administración militar en tiempo de guerra o estado

³⁵¹ *El militar que por cobardía abandonare su puesto frente al enemigo, rebeldes o sediciosos será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión y, si ejerciere mando, con la de quince a veinticinco. En las mismas penas incurrirá el que, por cobardía y en idénticas situaciones, rehusare permanecer o situarse en su puesto o incumpliere la misión encomendada.*

³⁵² **(Artículo 111)** *El militar que entregare, rindiere o abandonare al enemigo, rebeldes o sediciosos, plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate, sin haber agotado el empleo de los medios de defensa que exijan los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión.* **(Artículo 112)** *El militar que incluyere en la capitulación plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate, dependientes de su mando, pero no comprometidos en el hecho de armas que ha determinado la rendición, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión. A igual pena será condenado el militar que en la capitulación estableciere para sí condiciones más ventajosas, que con la pena de seis meses a seis años si tales condiciones se estipularen en favor de otro u otros sin razón suficiente.*

³⁵³ *El militar que obligado a ello, dejase de promover la persecución de delitos de la competencia de la Jurisdicción Militar o que teniendo conocimiento de su comisión no lo pusiese en inmediato conocimiento de sus superiores o lo denunciase a autoridad competente, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión.*

de sitio (art.193³⁵⁴-actual arts.81 a 85-) o en caso de receptación de efectos militares para cualquier circunstancia (guerra o paz).

B) **Después de la última reforma** (del Código Penal Militar actual, aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, publicada en BOE nº 247 del 15 de Octubre del 2015, y con entrada en vigor a partir del 16 de Octubre del 2016) la novedad más reseñable es que en el Título III de su Libro II (arts.49 y 50) tipifica los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por militares. Por otro lado, se adapta terminológicamente a un lenguaje técnico-jurídico más actual y de común aceptación, caso de la locución “*en tiempo de guerra*” por la de “*situación de conflicto armado*”, se reduce notablemente el articulado a la mitad respecto del anterior Código, y mientras que el delito de *traición* y de *rebelión* requieren que su sujeto activo sea un militar, se significa que se considera *rebelión como delito militar* sólo en caso de conflicto armado internacional.

Expuesto de esta manera el Código Penal Militar se concluye que en tiempo de guerra, y en algunos casos también en estado de sitio, abundan más los delitos que pueda cometer tanto un militar como un civil, y por tanto, también un terrorista que no tenga la condición militar, pues en todo caso cabe la posibilidad de que la haya adquirido precisamente para infiltrarse en las Fuerzas Armadas que él juzgue lógicamente como sus enemigas, o que tenga en su caso hasta una participación por vía de extraño si para el delito de que se trate cabe esa figura, al igual que la conspiración, la provocación y proposición. Sin embargo, en tiempo de paz, aparte de los supuestos de participación de extraños (no militares en un delito militar), o de infiltración como la antes mencionada, donde el terrorista puede adquirir a la vez la condición militar, los únicos casos ya más claros en que el sujeto activo de una infracción penal militar puede ser un paisano, y en tal condición cualquier terrorista, son: el allanamiento de dependencia militar (art.61³⁵⁵), los delitos contra centinela (art.85), la incitación, apología, auxilio o encubrimiento del abandono de destino o residencia y de la deserción (art.129³⁵⁶), los delitos contra la

³⁵⁴ *El que, en tiempo de guerra o estado de sitio, habiéndose contratado con la Administración Militar, incumpliere en su integridad las obligaciones contraídas o las cumpliera en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión. Los mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años. Podrá imponerse, además, la suspensión de las actividades de la empresa por un período de uno a tres años y, en caso de especial gravedad, la incautación o disolución de la misma.*

³⁵⁵ *El que allanare una base, acuartelamiento o establecimiento militar, o vulnerase las medidas de seguridad establecidas para su protección, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.*

³⁵⁶ *El que de palabra, por escrito, impreso u otro medio de posible eficacia, incitare a militares a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en las Secciones 1.ª y 2.ª de este Capítulo, hiciere apología de los mismos o de sus autores, los auxiliare o encubriere, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Quedará exento de pena el encubridor que lo*

Administración de Justicia Militar (arts.180 y 182 a 188)³⁵⁷ y la receptación de efectos militares (art.197³⁵⁸).

La problemática que este sistema plantea es múltiple, incluso en España. Primero, creer que los Tribunales militares sólo pueden tener como justiciables a militares es un error, pero otra cosa es que si juzga civiles esto sea lo natural y, si eso fuera así, afectaría negativamente al principio del juez ordinario predeterminado por la ley como garantía en todo caso reconocida, con lo que en caso de conflicto entre una y otra jurisdicción se entiende que en condiciones normales deba de juzgar siempre la jurisdicción ordinaria, que tiene en este sentido una “*vis atractiva*”. Ahora bien, aparte de la gravedad que supone que también despenalizar en este ámbito castrense los ultrajes a la bandera cuando el autor no

fuere de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, de su ascendiente, descendiente o hermano. No obstante, en tiempo de guerra, se podrán imponer en todo caso las mismas penas que a los autores de los respectivos delitos.

³⁵⁷ **(Artículo 180)** *El que simulare ante autoridad competente ser responsable o víctima de un delito atribuido a la Jurisdicción Militar y motivare una actuación procesal de ésta, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión. (Artículo 182) El que durante las distintas fases de tramitación de un procedimiento judicial militar ejerciere coacciones, violencia o intimidación con el fin de obtener o impedir confesión, testimonio, informe o traducción, será castigado con la pena de un año a seis años de prisión. Si cometiere cualquier otro delito con los mismos fines del párrafo anterior, incurrirá en la misma pena, sin perjuicio de la correspondiente al otro delito cometido. (Artículo 183) El que en procedimiento judicial militar diere falso testimonio, incurrirá en la pena de tres meses y un día a un año de prisión. Si con motivo de testimonio falso recayere sentencia condenatoria, las penas serán de un año a seis años de prisión. Incurrirán también en el grado máximo de estas penas, en sus respectivos casos, los Peritos que declaren o informaren falsamente en un procedimiento judicial militar. (Artículo 184) Los que formando parte de un Tribunal militar o en ejercicio de funciones judiciales, dictaren a sabiendas sentencia o resolución injusta, serán castigados con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. Si la sentencia fuere manifiestamente injusta y se dictare por negligencia o ignorancia inexcusables, se impondrá la pena en su grado mínimo. (Artículo 185) Los que incurrieren en cohecho con un procedimiento judicial militar serán castigados con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. (Artículo 186) El que atentare o ejerciere violencia o coacciones contra quienes formen parte de Tribunales militares de justicia o contra Auditores, Jueces, Fiscales y Secretarios de procedimientos judiciales militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas, será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión si se produjere la muerte, de cinco a quince años de prisión si se le causare lesiones graves y de tres meses y un día a cinco años de prisión en los demás casos. El militar podrá ser castigado además con la pena de pérdida de empleo. (Artículo 187) El que en un procedimiento judicial militar, en su vista o en comparecencias obligadas y legales, cometiere desacato o desobediencia contra Tribunales o Jueces militares, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. Si los hechos revistieran grave trascendencia, se impondrá la mitad en su mitad mayor. (Artículo 188) Los sentenciados por la Jurisdicción Militar a penas que deban cumplirse en establecimientos penitenciarios militares, que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia, serán castigados con la pena de tres meses y un día a un año de prisión. Si el hecho se cometiera previo acuerdo con otros reclusos o con encargados de su prisión o custodia, mediando violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la pena será de uno a seis años de prisión. Con igual pena que los autores serán castigados quienes proporcionaren la comisión de este delito.*

³⁵⁸ *El que, con conocimiento de su ilícita procedencia, adquiriere o tuviere en su poder los efectos a que hacen referencia los dos artículos anteriores, será condenado a la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se trata de material de guerra, armamento o munición, se impondrá la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. Si el hecho revistiere especial gravedad, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.*

sea militar y se produzca en paradas, desfiles o formaciones militares, tal como sostiene **RODRIGUEZ VILLASANTE**³⁵⁹, para **FERNÁNDEZ SEGADO**³⁶⁰ resulta discutible, por un lado, el deslinde que se establece entre el ilícito común (Arts.544-549 del Código Penal)³⁶¹ e ilícito militar respecto del delito de incitación a la sedición militar (art.95³⁶² CPM) sobre la base de que el sujeto activo sea un militar, en tiempo de paz, pudiendo asimismo ser un civil en tiempo de guerra. El ilícito se convierte en común cuando, en tiempo de paz, sea su autor un civil pese a que el bien jurídico protegido pudiera considerarse de naturaleza militar. Y por otro lado, también critica la doble protección –militar y civil- del centinela y fuerza armada, pues mientras el art.85 del CPM castiga, sea quien sea su sujeto activo, la desobediencia o resistencia a obedecer órdenes de centinela y el maltrato de obra al mismo, el Código Penal (otrora art.235 bis, actuales arts.554-556)³⁶³ penaliza el maltrato de obra a fuerza armada, la resistencia grave a la misma o la desobediencia a sus órdenes, siendo de notar que a estos efectos se entiende por

³⁵⁹ **RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.** (1986) “El Código Penal Militar”, Revista General de Derecho, nº 499, pp. 1257-1309. Ob. cit. p.1285.

³⁶⁰ **FERNÁNDEZ SEGADO, F.** (1992) *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Cuadernos de derecho Judicial, Monografías/4/. Pp.11-102, en concreto, p.40 y ss.

³⁶¹ (**Artículo 544**) Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales. (**Artículo 545**) **1.** Los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición o aparecieren en ella como sus principales autores, serán castigados con la pena de prisión de ocho a diez años, y con la de diez a quince años, si fueran personas constituidas en autoridad. En ambos casos se impondrá, además, la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo. **2.** Fuera de estos casos, se impondrá la pena de cuatro a ocho años de prisión, y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años. (**Artículo 546**) Lo dispuesto en el artículo 474 es aplicable al caso de sedición cuando ésta no haya llegado a organizarse con jefes conocidos. (**Artículo 547**) En el caso de que la sedición no haya llegado a entorpecer de un modo grave el ejercicio de la autoridad pública y no haya tampoco ocasionado la perpetración de otro delito al que la Ley señale penas graves, los Jueces o Tribunales rebajarán en uno o dos grados las penas señaladas en este capítulo. (**Artículo 548**) La provocación, la conspiración y la proposición para la sedición serán castigadas con las penas inferiores en uno o dos grados a las respectivamente previstas, salvo que llegue a tener efecto la sedición, en cuyo caso se castigará con la pena señalada en el primer apartado del artículo 545, y a sus autores se los considerará promotores. (**Artículo 549**) Lo dispuesto en los artículos 479 a 484 es también aplicable al delito de sedición.

³⁶² *El que, en tiempo de guerra de palabra, por escrito, impreso u otro modo de posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de sedición militar, a las tropas a comportarse con indisciplina, o al incumplimiento de deberes militares o hiciera apología de la sedición militar o de los sediciosos será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. El militar que en tiempo de paz cometa este delito será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años.*

³⁶³ (**Artículo 554**) **1.** El que maltratare de obra o hiciera resistencia activa grave a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con las penas establecidas en los artículos 551 y 552, en sus respectivos casos. **2.** A estos efectos, se entenderán por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado. (**Artículo 555**) Las penas previstas en los artículos 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios. (**Artículo 556**). Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

“fuerza armada” a aquellos militares que, de uniforme y con armas, presten un servicio legalmente encomendado a las fuerzas Armadas y que les haya sido reglamentariamente ordenado. Sólo si el sujeto activo de estas últimas conductas contra fuerza armada fuera otro militar, o si estuviera en tiempo de guerra, independientemente de quien fuera el sujeto, el delito se convertirá en militar.

En suma, en conexión con la Ley Orgánica 4/1987, de organización y competencia de la jurisdicción militar (LOCOJM), el Código Penal Militar delimita y restringe la competencia de la jurisdicción militar hasta convertirla teóricamente excepcional y prácticamente excepcionalísima en condiciones normales, toda vez que en tiempo de paz se circunscribe al ámbito estrictamente castrense y, en todo caso, por aplicación de lo que se prevé en los arts.12 y 13 de la LOCOJM extiende su competencia -ya más extraordinariamente amplia- a cualquier clase de delito en el supuesto de tropas desplazadas fuera del territorio nacional, así en operaciones de Paz; casos donde a pesar de que por el Código Penal les pueda corresponder una pena más grave con arreglo a él, la jurisdicción militar lo aplicará (así pudiera ocurrir teóricamente con el caso de terrorismo). Conocerá asimismo la jurisdicción militar de los delitos cometidos durante la vigencia del estado de sitio que determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica (4/1981) que lo regula. En este sentido, y de acuerdo con su art.35³⁶⁴, será el Congreso el que podrá determinar, en la propuesta de declaración que en el Pleno obtuviere el respaldo de la mayoría absoluta de los diputados, los delitos que durante la vigencia del estado de sitio quedan sometidas a la jurisdicción marcial. Y, por último, esta jurisdicción será competente para conocer de aquellos ilícitos penales que señalen los Tratados o Acuerdos Internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de fuerzas o Unidades españolas de cualquier Ejército. Si tales instrumentos no existieren conocerá de los tipificados en la legislación española siempre que el inculpado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan las Fuerzas o Unidades militares españolas. En este supuesto, si el inculpado (por ejemplo, en su caso, por terrorismo) regresare a territorio español y no hubiera recaído Sentencia, los órganos de la jurisdicción militar se inhibirán a favor de la ordinaria, salvo en los supuestos de delito tipificado en el Código Penal Militar o de competencia de la jurisdicción castrense por habersele atribuido en la declaración de estado de sitio. Más allá de la situación de paz, concretamente ya en la de guerra, el art.13³⁶⁵ de la LOCOJM prevé una ampliación competencial de

³⁶⁴ *En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar.*

³⁶⁵ *En tiempo de guerra y en el ámbito que determine el Gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas: 1. Los que se determinen en tratados con potencia u organización aliadas. 2. Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, por las Cortes Generales, o por el Gobierno, cuando estuviere autorizado para ello. 3. Todos los tipificados en la legislación*

la jurisdicción castrense pero a decisión de las Cortes Generales o, caso de ser autorizado por Éstas, al Gobierno, extendiéndose así el alcance que aquél determine de su conocimiento como jurisdicción a los ilícitos penales determinados en Tratados con potencia u organización aliadas, los de la legislación penal común y los cometidos por prisioneros de guerra. Y para finalizar, conviene recordar que la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *habeas corpus*, en su art.2³⁶⁶, se atribuye al Juez Togado militar de Instrucción correspondiente al lugar de la detención la competencia para conocer de sus solicitudes en el ámbito de la jurisdicción castrense.

española, si se cometen fuera del suelo nacional, y el inculpado es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas. 4. Todos los cometidos por prisioneros de guerra. A los efectos de esta Ley la locución «tiempo de guerra» se entenderá en los términos definidos en el artículo 14 del Código Penal Militar.

³⁶⁶ *Es competente para conocer la solicitud de «Habeas Corpus» el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido. Si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente. En el ámbito de la Jurisdicción Militar será competente para conocer de la solicitud de «Habeas Corpus» el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención.*

CAPÍTULO II

PROS Y CONTRAS DE LA GESTIÓN DEL TERRORISMO A TRAVÉS DE LAS LEYES INTERNACIONALES DE LOS CONFLICTOS ARMADOS Y NO COMO DELITO

El objetivo y fin de este capítulo es tratar de rentabilizar, con todos sus pros y todos sus contras, la aplicabilidad cuasi-universal de las leyes de los conflictos armados para hacer frente al terrorismo internacional en toda su extensión.

El terrorismo no es por su propia naturaleza un fenómeno que pueda sólo ser calificado como *delito* cometido en tiempo de paz. No es sólo un delito. Tampoco es un mero delito “político”. *Se trata de un fenómeno odioso en cualquier circunstancia y lugar que, sin perjuicio de su carácter intrínsecamente político, siempre conculca el Derecho Natural y de Gentes y, por tanto, también el de los conflictos armados aunque en estos no estuviera de por sí su verdadero contexto, su causa o efecto.* Pero pese a estar también castigado como mero y simple procedimiento de guerra, al igual que ocurre con la “guerra contra el crimen del narcotráfico”, sostenemos que no deja de ser a la vez y en determinadas situaciones uno de los más injustos actos iniciadores y propios de cualquier guerra, sea ésta declarada o no declarada.

Teniendo en cuenta esta fundamentación analógica entre ambos fenómenos, guerra y terrorismo, los obstáculos internacionales de la tipificación del terrorismo consistentes en su discutida naturaleza ontológica, su diferente tipología, su permanente falta de definición universal y, sobre todo, sus diversas e inconexas regulaciones patrias en tiempos de paz, son todos ellos factores de una posible y no querida impunidad eventual. Esta circunstancia obliga a preguntarse si la gestión bélica del crimen a efectos penales, criminológicos y disuasorios por parte de todos los Estados, puede llegar a superar el vacío de persecución punitiva. Para ello se tiene en cuenta el alcance prácticamente universal de aplicabilidad reconocida de la normativa bélica sobre cualquier otra normativa de paz estatal y en todo caso penalmente singular.

Es así donde bajo la clave metódica del principio rector *aut iudicare aut dedere* (juzga o extradita), alrededor del cual giran todas las obligaciones estatales y de neutralidad anteriormente vistas en el ámbito del Derecho Internacional, se hace preciso plantear –incluso con la ayuda de trabajos de campo– dos cuestiones para

conseguir el objetivo y fin citados: *una*, cuál es la regulación y extensión en los conflictos armados de las instituciones personales y colectivas que le son propias para compararlas con sus “afines” nacionales, esto es, el estatuto de guerrillero respecto del terrorista, el de prisionero de guerra con el del ciudadano detenido y con el acusado por espionaje o por la toma de cualquier rehén, el de la ocupación militar con las misiones de paz, y las misiones antiterroristas fuera de área con las de todos los espacios y ámbitos en que la guerra también puede tener lugar en general; y, *segunda*, si la petición de extradición de un terrorista por un Estado directamente afectado por un atentado a otro que no lo está, para evitar toda impunidad, es más factible conseguirla invocando normativa sólo estatal, regional, y de paz, o, si cabe, mejor con la normativa ya bélica e internacional.

Establecemos como **segunda hipótesis** que *el ceñido corsé constitucional de la jurisdicción militar por estar referida en nuestro país sólo “al ámbito estrictamente castrense” no impide que pueda conocer también de los actos terroristas cometidos en tiempos de paz si, tal como estamos haciendo, se entienden como actos prolongados de hostilidad militar a los que por analogía se les puede aplicar la ley de los conflictos armados.*

I. EL PRISIONERO DE GUERRA. LA CONDICIÓN PREVIA DE COMBATIENTE Y SU DETENCIÓN

I.1. Requisitos

Para que concorra en una persona la condición de combatiente³⁶⁷ el Derecho Internacional Humanitario (DIH) exige: *primero*, que pertenezca a las Fuerzas Armadas de una Parte en conflicto y, por tanto, que se encuentre encuadrado en una organización militar dotada de disciplina interna, mando responsable y que respete las normas de DIH; *segundo*, que se distinga de la población civil, portando un signo fijo reconocible a distancia y llevando armas abiertamente. En cuanto al primer requisito, no sólo lo son fuerzas armadas regulares sino todas las fuerzas, grupos y unidades militarmente organizadas, colocadas bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados, de tal suerte que el art.4³⁶⁸ del III Convenio de Ginebra descifra quienes son “*prisioneros de guerra*”. Por tanto, “en rigor” esta condición se entiende que sólo puede darse *en el caso de un conflicto armado internacional*.

³⁶⁷ Vid. Art.43 I Protocolo Adicional en Anexo I.

³⁶⁸ Vid. Nota 223 del Anexo I.

I.2. Su detención

Debe tenerse en cuenta que en materia de detención *la Convención de toma de rehenes de 1979 contiene uno de los más altos niveles de defensa positivados sobre el presunto culpable* cuando es detenido, toda vez que según su art.6³⁶⁹ tal medida cautelar sólo ha de ser adoptada por el Estado donde se encuentre “*si se considera que las circunstancias lo justifican*”, de tal suerte que caben otras “*medidas adecuadas*” (libertad bajo fianza, incautación del pasaporte, vigilancia domiciliaria, etc.). Es decir, no es el único medio de asegurar su presencia para iniciar un procedimiento penal o su extradición, y, sin perjuicio de que *deberá existir una investigación preliminar*³⁷⁰, igual que ocurre con un prisionero de guerra. Si no aparece claro el estatuto de una persona (que haya cometido un acto de beligerancia y que haya caído en poder del enemigo) a una de las categorías del art.4 del Convenio (III) dicha persona se beneficiará de la protección debida a los prisioneros de guerra. Debe gozar de ese trato hasta que un *Tribunal competente* haya determinado su estatuto.

I.3. El principio “*pro status de prisionero*”

Para la aplicación de este principio “*pro status de prisionero*” debe existir una duda razonable sobre su condición que se derive de las circunstancias de su captura (requisitos individuales y colectivos), tratarse de una persona que haya cometido un acto de beligerancia (hostil) y que haya caído en poder del enemigo. Si no pertenece a las diversas categorías de combatientes se considera persona civil y no se puede olvidar tampoco que “*en caso de duda de la condición de una persona, se la considerara civil*” (art.50.1³⁷¹ del Protocolo I de 1977). Según la doctrina de **PILLAUD**³⁷² (y **DE PREUX**) la presunción de la condición de combatiente para caso también de duda prevista en el art.5³⁷³ del III C no es contradictoria del art.50.1 predicho porque regulan situaciones distintas: *En el primer caso* se trata de personas de las que sí se sabe que han realizado actos hostiles y que, además, solicitan expresamente el respeto de su condición de combatientes. *En el otro supuesto* sí han realizado actos hostiles pero, sin

³⁶⁹ Vid. Anexo I.

³⁷⁰ Al respecto, podemos contar, a colación de la operación Sierra Juliette, cuando el buque Galicia apoyó el contingente español de tierra en Umm Qsar (Iraq), que el mando español fue informado de la experiencia que se cita en Anexo I.

³⁷¹ Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.

³⁷² **PILLAUD, C. & DE PREUX, J. (y otros)**. (1986). *Commentaire des Protocoles adicionales du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, CICR, Genève, 1986, p.934.*

³⁷³ El presente Convenio se aplicará a las personas mencionadas en el artículo 4 a partir del momento en que caigan en poder del enemigo y hasta su liberación y su repatriación definitiva. Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto.

embargo, no se tiene sospecha sino duda de su verdadera condición, por lo que, *en caso de duda*, no sólo no se les tiene que atacar sin más, sino que en el caso de ser capturados deben ser protegidos como personal civil.

Las reglas de enfrentamiento sirven como instrumento para eliminar cualquier duda sobre el terreno y en caso extremo³⁷⁴. *Si, no obstante, se tiene suerte al menos de apresarlos –así un francotirador- serán considerados combatientes ilegítimos que no gozan de los beneficios del estatuto del prisionero de guerra.* Pero esto último no quiere decir –a diferencia de los primeros presos de Guantánamo en la práctica- que se les prive de la protección del DIH porque (1°) según el art.4³⁷⁵ de IV C se consideran personas protegidas, en cualquier momento y de la manera que sean, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas –aunque la jurisprudencia del TPI para la *ex Yugoslavia* ha flexibilizado el rígido criterio de la nacionalidad para hablar, más bien, de “*personas protegidas*” a todas la víctimas civiles de los actuales conflictos internacionales-; (2°) el art.27³⁷⁶ del IV C protege, *en todas las circunstancias*, la persona, el honor, los derechos familiares, las convicciones y prácticas religiosas, los hábitos y las costumbres de las personas civiles y establece que deberán ser tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública; (3°) no podrá ejercerse coacción alguna de índole física o moral contra las “*personas civiles protegidas*”, en especial para obtener de ellas, o de terceros, informaciones (art.31³⁷⁷ IV C); (4°) se prohíbe (art.32³⁷⁸ del IV C) toda medida que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas que se encuentren en su poder. Prohibición que no se aplica sólo al homicidio, a la tortura, a los castigos corporales, a las mutilaciones y a los experimentos médicos o científicos, sino también a cualquier maltrato por parte de agentes civiles o militares; (y 5°) hay una protección siempre residual: las personas a las que se niega o se restringen los

³⁷⁴ Por ejemplo, en virtud del cumplimiento del deber, si a un ¡alto! requerido por un soldado en un *checkpoint*, en carretera,... y su *destinatario no se para...*, se podrá sospechar por él con razón más que suficiente que son ya hostiles y, por tanto, adoptar las precauciones de procedimiento operativo requeridas en misión (las famosas “*reglas de enfrentamiento*”). Tanto más, si cabe, cuando -como en el ejemplo, y por la inteligencia- se sabe que hay civiles de dudosa condición (guerrilleros, bandoleros, malhechores, etc.) que sin vestir el uniforme atacan por sorpresa y no se les puede reconocer con facilidad la condición de combatientes si es que la tuvieran en su caso.

³⁷⁵ Vid Anexo I.

³⁷⁶ Vid Anexo I.

³⁷⁷ *No podrá ejercerse coacción alguna de índole física o moral contra las personas protegidas, en especial para obtener de ellas, o de terceros, informaciones.*

³⁷⁸ *Las Altas Partes Contratantes se prohíben expresamente emplear toda medida que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas protegidas que estén en su poder. Esta prohibición se aplica no solamente al homicidio, a la tortura, a los castigos corporales, a las mutilaciones y a los experimentos médicos o científicos no requeridos por el tratamiento médico de una persona protegida, sino también a cualesquiera otros malos tratos por parte de agentes civiles o militares.*

derechos del IV C gozan de las garantías fundamentales del art.75³⁷⁹ del I Protocolo de 1977. Esta norma protege a los que estén en poder de una parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable según el DIH, concediéndoles el nivel mínimo de protección dimanante de la normativa de Derechos Humanos, de universal aceptación, lo que no evitará tampoco que no puedan ser juzgados por terrorismo. Esa protección residual también tiene su fundamento en el *Preámbulo o cláusula Martens* de los Convenios de la Haya y del Protocolo Adicional I de 1977 (art.3 común): “*en todos los casos no previstos, las personas civiles y los no combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del Derecho de Gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública*”. Además, este procedimiento no ahorra la necesidad de un Tratado o un Acuerdo expreso de extradición, de custodia y de su traslado entre países para poder llevar al fugitivo al Estado que lo reclame, evitándose –en suma- entregas informales y sin garantías preestablecidas a nivel Convencional.

I.4. La dificultad de la aplicación de la cláusula *Martens* en algunos casos de extradición y con ocasión del terrorismo internacional

No obstante, habida cuenta los reiterados supuestos de alarma social y mundial creados por el terrorismo internacional, *no descartamos que la evolución de los tiempos pueda conllevar en la práctica de futuro un planteamiento nuevo de garantías forzado hacia la modificación de los Tratados existentes, por ejemplo, sobre extradición*, en base a la regla *Rebús sic stantibus*. Y de esta forma considerar –por un nuevo Derecho de Gentes en un futuro quizá consolidado - que al menos en los que a aquella última garantía se refiere (la extradición) su necesidad de aplicación pueda ser cada vez menor debido a una más rápida y directa colaboración penal, cuando no bélica. No en vano, tal como manifestó públicamente *Tony Blair*, tras los acontecimientos del 7 y 21 de Junio (7 y 21 J) del 2005, en materia de lucha antiterrorista, también “*las reglas del juego están cambiando*”... Es aquí precisamente donde las dos mentalidades de lucha antiterrorista, la anglosajona y la continental europea, debieran al menos de confluir.

³⁷⁹ 1. Cuando se encuentren en una de las situaciones a que hace referencia el artículo 1 del presente Protocolo, las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo **serán tratadas en toda circunstancia con humanidad** y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable (...)

II.LAS GARANTÍAS CONCRETAS DEL PRISIONERO DE GUERRA

Sus garantías concretas son: el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial (art.84 III C)³⁸⁰, derecho a ser informado de los cargos formulados en su contra (art.104 III C)³⁸¹, derecho a la defensa, a ser defendido por un abogado “calificado” y a un intérprete (arts. 99 y 105 III C)³⁸², principio de legalidad penal *nullum crimen sine lege* (art.99 III C), principio *non bis in idem* (art.86 III C)³⁸³, el derecho a ser informado de sus derechos de recurso (art.106 III C)³⁸⁴, la prohibición de dictar condenas y de las ejecuciones sin previo juicio ante Tribunal legítimamente constituido con garantías judiciales reconocidas como indispensables “*por los pueblos civilizados*” (art.3 común cuatro Convenios), y la irrenunciabilidad de los derechos conferidos por el DIH (art.7³⁸⁵ común también a los cuatro Convenios de Ginebra).

III.LA INTERPRETACIÓN POR EL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

III.1.Compatibilidad de enjuiciamiento entre crimen de guerra y terrorismo

El reconocimiento de la condición de combatientes y, por tanto, el trato debido a los prisioneros de guerra conforme a las normas del DIH, no es óbice para que, *entre ellos el de terrorismo*, puedan ser juzgados por los crímenes que pudieren haber cometido. Como tiene notoriamente divulgado el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en este sentido “*la observación del DIH no supone ningún obstáculo en la lucha contra el terror y el crimen*”.

³⁸⁰ Únicamente los tribunales militares podrán juzgar a un prisionero de guerra, a no ser que en la legislación de la Potencia detenedora se autorice expresamente que los tribunales civiles juzguen a un miembro de las fuerzas armadas de dicha Potencia por una infracción similar a la causante de la acusación contra el prisionero. En ningún caso se hará comparecer a un prisionero de guerra ante un tribunal, sea cual fuere, si no ofrece las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad generalmente reconocida y, en particular, si su procedimiento no garantiza al acusado los derechos y los medios de defensa previstos en el artículo 105.

³⁸¹ En todos los casos en que la Potencia detenedora haya decidido incoar diligencias judiciales contra un prisionero de guerra se lo comunicará a la Potencia protectora lo antes posible y, por lo menos, tres semanas antes de la vista de la causa. Este plazo de tres semanas no empezará a correr más que a partir del momento en que dicha comunicación haya llegado a la Potencia protectora, a la dirección previamente indicada por ésta a la Potencia detenedora. En la comunicación figurarán las indicaciones siguientes: (...)

³⁸² Vid.Anexo I.

³⁸³ Un prisionero de guerra no podrá ser castigado más que una sola vez a causa del mismo acto o por la misma acusación.

³⁸⁴ Todo prisionero de guerra tendrá derecho, en las mismas condiciones que los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora, a recurrir en apelación, en casación o en revisión, por toda sentencia dictada contra él. Será plenamente informado acerca de sus derechos de recurso así como acerca de los plazos requeridos para ejercerlos.

³⁸⁵ Los prisioneros de guerra no podrán, en ninguna circunstancia, renunciar parcial o totalmente a los derechos que se les otorga en el presente Convenio y, llegado el caso, en los acuerdos especiales a que se refiere el artículo anterior.

III.2.El control internacional de las diligencias penales para su enjuiciamiento

Conviene destacar asimismo que en el art.99 y ss (III C) se regula el control internacional de las diligencias penales emprendidas por una Potencia de la que un prisionero de guerra no es nacional. Se exige que las personas protegidas sean juzgadas por los mismos Tribunales y según el mismo procedimiento que los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora (art.102), la cual debe notificar cualquier procedimiento judicial contra una persona protegida a la Potencia protectora o al CICR. Según el art.108 las Sentencias dictadas contra los prisioneros de guerra se cumplirán en los mismos establecimientos y en las mismas condiciones que para los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora.

En todo caso la competencia no se puede conferir a Tribunales excepcionales donde no se respeten las garantías previstas en el DIH. El art.84 del III Convenio dispone que no se hará comparecer a un prisionero ante un Tribunal que no ofrezca garantías de independencia e imparcialidad generalmente reconocidas y si su procedimiento no garantiza al acusado los derechos y los medios de defensa. Por otro lado, como consecuencia de la presunción, la carga de la prueba de que el interesado no tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra corresponde a la Potencia detenedora. El CICR ha mantenido discretamente la aplicación del III Convenio y el procedimiento establecido en el DIH para determinar cuándo las personas detenidas no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. Sus delegados podrían visitar a las personas detenidas conforme al propio cometido asignado al CICR en el III Convenio *ginebrino*. Así lo hizo, sin ir más lejos, en el caso de los presos de la Bahía de *Guantánamo*. Ante el "limbo" jurídico de esa situación denunciada³⁸⁶ por la doctrina mayoritaria española, otros³⁸⁷ entienden que es erróneo pensar que se actuó amparado en el "agujero negro" de una legítima defensa (preventiva) porque si fuera así podría verse hasta como una represalia. En defensa de su argumento exponen el siguiente precedente:

La noche de 13 de junio de 1942, cuatro saboteadores civiles nazis vestidos con uniformes de infantería de marina desembarcaron del U-202 en la playa de Amagansett, en Long Island, y otros cuatro lo hicieron del U-584 en las arenas de Pont Vedra Beach en Jacksonville, Florida, todos ellos bajo el mando del teniente

³⁸⁶ **PEREZ GONZÁLEZ, M & RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J.L.** (2002). *El caso de los detenidos de Guantánamo ante el DIH y de los DH*, Revista española de Derecho Internacional, 1, vol. LIV, p.12; y **RAMON CHORNET, C.** (2004) "*Cuestiones en torno al estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo*", en los retos humanitarios del siglo XXI, PUV, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.43 y ss.

³⁸⁷ **BERMEJO GARCIA, R.** (2004) "*Cuestiones en torno al estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo*", en "*Los retos humanitarios del siglo XXI*", PUV, Tirant lo Blanch, Valencia, donde se apoya en el antecedente alemán del asunto *Quirin de 27 de junio de 1942*.

de la Abwehr, Walter Kappe, con intención de llevar a cabo diversos atentados terroristas en el corazón de los Estados Unidos en el marco de la conocida como Operación Pastorius. George Dasch, que dirigía el grupo de Nueva York, no tardó en flaquear, entregándose el 18 de junio al FBI, confesando y delatando al resto de sus compañeros, quienes fueron arrestados el 27 de junio siguiente. El Presidente Roosevelt, con la herida de Pearl Harbour aún sin cicatrizar, instó al Fiscal General para que encausara de manera sumaria y militar a los implicados, *lo cual era técnicamente imposible toda vez que el Tribunal Supremo, con ocasión de la Guerra de Secesión, ya había dicho que un civil no podía ser juzgado por un tribunal militar a menos que se hubiere declarado previamente la ley marcial y se hubieren clausurado los tribunales civiles. Biddle, a la sazón, Fiscal General, sorteó el obstáculo aconsejando al Presidente que crease una comisión militar especial que juzgaría, de manera sumaria y en secreto a los saboteadores civiles conforme a la justicia militar, dándoles categoría de combatientes ilegales.*

Y así se hizo. La orden ejecutiva del Presidente dio paso a una comisión militar presidida por el propio Biddle. El 8 de agosto, se comunicó personalmente a los encausados el fallo condenatorio, consistente en la pena capital, que fue conmutada por cadena perpetua para Burger y de 30 años para Dasch. Ese mismo día se ejecutó la pena en la cárcel de Washington, mediante electrocución por silla eléctrica, siendo enterrados en una fosa común en las afueras de la capital. Paralelamente a este proceso sumarísimo, el Tribunal Supremo se había reunido para sopesar si el Presidente tenía o no poder para crear tribunales militares secretos para casos de terrorismo. El 29 de octubre, Harlan Fiske Stone, presidente del Tribunal, acorralado por la Casa Blanca y el FBI merced a la doctrina de los hechos consumados –seis cadáveres electrocutados sobre la mesa-, emitió un dictamen –**Ex parte Quirin**- que confirmaba los poderes del Presidente para crear órganos militares especiales para juzgar a los denominados combatientes ilícitos en supuestos de terrorismo: “...*the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals*” (317 U.S. 1 1942).

IV. EL TRATAMIENTO ESTATUTARIO DEL CASO DEL TERRORISTA INFILTRADO

IV.1. El 11-S: La situación de emergencia y el estado de necesidad

En línea con la alusión a *Guantánamo* y los argumentos aportados por este último sector doctrinal, no por ello incompatible con el mantenido por la Cruz Roja, podría también decirse que unos atentados como los del 11-S colocaron a *la Comunidad Internacional* más bien en un estado de necesidad propio de la emergencia de evitar, si no una guerra convencional, otra que al fin y al cabo puede llegar a ser total, es decir, aquella donde el peor mal que se trata de evitar es que no sólo el *ius in bello* regulado por el DIH sino el de los Derechos Humanos (DH) –del que aquél también forma parte de su cuerpo matriz-, en la práctica pueda verse de alguna manera desbordado precisamente por su falta de respeto a su cumplimiento no ya “*en toda circunstancia*” referida sólo a tiempo de guerra, sino en la vida normal y cotidiana de paz que todos disfrutamos cuando, por ejemplo, cada uno de nosotros podemos ser ese pasajero que va a subir a un avión, bajar al metro para subir a un vagón, etc. Por tanto, como consumidores diarios y habituales de las infraestructuras críticas y sensibles expuestas a cualquier atentado estamos hablando no tanto de *crímenes de guerra* cuanto de *crímenes de lesa humanidad* donde el daño ocasionado trasciende *erga omnes* al perjudicado, de forma que si el Derecho de Gentes suele registrarse en la antesala del Derecho Natural ahora tampoco dejamos de entrar en el umbral del llamado Derecho Internacional necesario o *cogente* porque el atacado en estos casos ya no es un simple Estado sino *la Comunidad* en general, motivo por el cual los derechos que de él dimanen no se pueden renunciar sin perjuicio de que su transgresión se deba también necesariamente que castigar.

IV.2.El debido castigo del espionaje y la calificación de “infiltrado” o espía traidor

Ahora bien, del mismo modo que a un demente tampoco se le deja suelto si es peligroso la realidad sobre el terrorismo –incluso protagonizado en el ámbito bélico- es que el carácter “irrenunciable” de un derecho cogente tampoco evita ni explica un posible uso fraudulento y un ejercicio antisocial de todos aquellos a partir de los cuales aquél tiene su lugar, de modo y manera que se puede dar la siguiente ***paradoja fraudulenta que siempre se tratará de abortar***: Piénsese que en el Código Penal Militar, si acudimos a la idiosincrasia histórica del delito del espionaje militar, es decir, aquel donde la materia espía tiene condición de tal, con motivo de su comisión siempre se ha tenido mucho cuidado en distinguir entre el espionaje lícito y *el ilícito*, es decir, entendiéndose por este último como aquel que objetivamente se caracterizaba en su *modus operandi* por llevar a cabo una actuación subrepticia y clandestina, utilizando medios astutos como el disfraz, y subjetivamente, con la intención traidora de favorecer a la Potencia enemiga

extranjera. Esta construcción que pervive en muchas legislaciones, como la española, están influenciadas por las antiguas Convenciones Internacionales sobre la Guerra, como la de *Bruselas* (1874) y *La Haya* (1907), y que también podemos entresacar, por ejemplo, del art.29 del Reglamento de *La Haya* cuando dice textualmente que “*no pueden considerarse como espías más que a los individuos que, obrando clandestinamente o bajo falsos pretextos, recojan o intenten recoger informaciones en la zona de operaciones de un beligerante con el propósito de comunicarlas a la parte adversa*”. De esto se sigue –a sensu contrario- que un terrorista “topo” en las Fuerzas Armadas podría aprovecharse de la interpretación según la cual en virtud de tal régimen normativo *no se sancionan a los militares no disfrazados que hayan entrado en la zona de operaciones o en la retaguardia del enemigo con el fin de obtener noticias, ni tampoco los que en cumplimiento franco de su servicio son encargados de transmitir despachos destinados a su propio ejército o han de mantener las comunicaciones entre las diversas fuerzas de un ejército o un territorio*. Independientemente de las soluciones de la Inteligencia de esas Fuerzas Armadas para evitar tales supuestos, a veces no hipotéticos, **en todo caso entendemos que ese precepto pudiera estar tratando sólo del espionaje realizado a fuerza ajena, pero no a la propia, de forma que no acogería los casos de terroristas infiltrados y de buena fe reclutados**; si lo hiciera, y les aplicara igual criterio, más que una estrategia sería una interpretación pérfida de tal precepto que lo convertiría en una añagaza jurídica sobre la que no se habría de tropezar. En caso contrario, la forma subrepticia y fraudulenta de un terrorista para conseguir el estatuto de prisionero de guerra podría caber infiltrándose en las Fuerzas Armadas de un adversario, mediante su inocente recluta, sabiendo que las informaciones que los militares obtengan del enemigo, y, por tanto, también en este caso del que por principio se presume que no lo es, no lo hace mediante ningún disfraz sino vistiendo su propio uniforme reglamentario, es decir, con los requisitos que sí entran en el concepto de acciones lícitas de guerra, y que en el supuesto de ser capturados, no podrán ser calificados como espías, sino como prisioneros de guerra.

En estos casos, quizá cabría mejor entender que la irrenunciabilidad de los derechos antes referidos es absoluta en cuanto a su titularidad, pero eso no tiene por qué prejuzgar el buen o mal fin del ejercicio del derecho estatutario del que también un terrorista sea titular *sobre la base de aquéllos por los que se tiene ya momento y lugar para juzgar*: a diferencia de aquél estos otros derechos sí son renunciables en cuanto que voluntaria y conscientemente se puede hacer un uso social incorrecto del derecho que confiadamente y de buena fe le hayan sido atribuidos, al menos, por razón de las connotaciones estatutarias de su propia vestimenta: la militar. Cuando se es titular de los derechos implícitos a ella lo son para que se ejerza según su función social, no otra y menos la contraria para la

que está previsto por el bien de *la Comunidad*. En caso contrario creemos que siguiendo el dicho de que *no todo vale en la "guerra" (o lucha) contra el terrorismo* se desconocería la legitimación de las posibles limitaciones de las facultades de un derecho por su colisión con otros, así el derecho de participar en las hostilidades legítimamente (para ser considerado "combatiente legítimo") del que todo el mundo es titular y aquí sí que se permite renunciar. **En base a este argumento y la corrección alertada de su acción fraudulenta comporta que el estatuto de ese detenido ya no sería en esos casos el de prisionero de guerra sino el correspondiente a un auténtico espía traidor incluso desde el punto de vista estrictamente militar.** En suma: si se le tratara como a un prisionero de guerra se estaría incurriendo en un fraude legal y, por otro lado, cabe tener presente que se trata de una actividad que, por razón de quien la dirige y no sólo ejecuta, no es únicamente militar.

V. LA INTERPRETACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Referimos Resoluciones al respecto en nota de pie de página³⁸⁸ para centrarnos en una concreta. Comentario a la STS, Sala V, de lo Militar, de 03 de noviembre de 2008 y su voto particular.

V.1. Sobre sus hechos probados

Los hechos probados a los que nos remitimos en su lectura consistieron, en su síntesis, en unos abusos finalmente así juzgados que fueron cometidos contra un soldado con motivo de una programación de ejercicio práctico de captura de prisioneros en el año 2000 en Gran Canaria.

V.2. El trato esperable al prisionero de guerra

No por recordada, si la sistematizamos, la doctrina que sienta en cuanto al trato esperable al prisionero de guerra, recogiendo la regulación internacional básica y estricta sobre esta materia, la apuntamos en el Anexo I.

Según ella no son conforme a Derecho previsiones tales como: 1º. La escucha de las conversaciones de los "prisioneros" entre sí a través de "instrumentos de seguimiento adecuadamente colocados". 2º. El empleo de "un nivel de ruido máximo" admitido, en ausencia del Oficial médico. 3º. La grabación, cuando sea posible, de cada interrogatorio y su conservación por un tiempo mínimo de dos meses y máximo de seis. 4º. El trato debido a un prisionero se encuentra así previsto de la forma vista en el tan aludido Convenio III ratificado por *España*, pero

³⁸⁸ Vid. **STS de la Sala V** siguientes: STS 29 de diciembre de 1999, STS 10 de diciembre de 2001, STS 8 de mayo del 2003, STS 17 de noviembre del 2003, STS 13 de mayo de 2005, STS 13 de junio de 2005, STS 13 de julio de 2005 y STS 30 de noviembre de 2006. Vid. la STC 10 de julio de 1980 relativa a la retención y la detención.

en lo no regulado en él son de aplicación las reglas básicas que la Corte Internacional de Justicia en su Sentencia de 27 de junio de 1986 (asunto *Nicaragua contra Estados Unidos*) ve enunciadas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de 12 de agosto de 1949, precepto que no es sino trasunto convencional de la llamada “cláusula de *Martens*”, inserta en el preámbulo de la aludida Convención II de *La Haya* de 29 de julio de 1899 y en el artículo 1.2 del Protocolo I de 8 de junio de 1977, Adicional a los cuatro Convenios de 1949 citados, y a cuyo tenor en los casos no previstos en dichos textos son aplicables *los principios del Derecho de Gentes* tales como resultan de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública. En materia de Derecho de los derechos humanos y de Derecho internacional humanitario no cabe sino una interpretación literal de los Tratados internacionales al respecto. En este sentido, el párrafo primero del artículo 12 del Convenio III de *Ginebra* de 12 de agosto de 1949 establece que “*los prisioneros de guerra se hallan en poder de la Potencia enemiga pero no de los individuos o cuerpos de tropa que los hayan aprehendido. Independientemente de las responsabilidades en que se pueda incurrir, la Potencia en cuyo poder se hallen es responsable por el trato que se les dé*”.

V.3. El delito de abuso de autoridad

- El art.4.1 regla quinta de la Ley 39/2007 hay que ponerlo en relación para su interpretación con los arts. 15 de la CE, el art.171 de las Reales Ordenanzas de las FAS, el 99 del mismo texto degradado a Decreto, y el art.10.2 de la CE puesto asimismo en relación con el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 (“*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”), que resulta ser el antecedente inmediato del artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España mediante Instrumento de 4 de octubre de 1979 (“*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes*”); el párrafo primero del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en *Nueva York* el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por *España* mediante Instrumento de 27 de abril de 1977, que reproduce literalmente el aludido artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, y específicamente proscriben la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes en dicho ámbito la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (su artículo 16), hecha en *Nueva York* el 10 de diciembre de 1984 y ratificada por *España* mediante Instrumento de 21 de octubre de 1987, con su Protocolo Facultativo de 18 de diciembre de 2002, ratificado por *España* mediante Instrumento de 4 de abril de 2006, y en el ámbito regional europeo

el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes hecho en *Estrasburgo* el 26 de noviembre de 1987 y ratificado por *España* mediante Instrumento de 2 de mayo de 1989.

- La disciplina tiene una doble dirección: de inferior a superior y también de superior a inferior. El inferior debe respeto y obediencia a su superior, pero también el superior tiene el inexcusable deber militar de respetar la dignidad del inferior.
- Dada la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las Unidades militares, resulta preciso que el poder otorgado al mando aparezca limitado, sin ningún resquicio ni fisura, por el más pleno respeto a los derechos fundamentales de los individuos en relación a los cuales se ejerce la jerarquía, pues *“otra cosa sería admitir la arbitrariedad y hacer factible que en la convivencia militar pudiera existir cualquier forma de vía abierta a actividades contrarias a la dignidad de la persona”*.

V.4. Los elementos penales. Naturaleza jurídica

Se trata de un delito pluriofensivo. Los bienes jurídicos que protege son la integridad física y corporal, la dignidad personal, y la disciplina como factor de cohesión que trata a todos por igual en las Fuerzas Armadas.

V.4.1. La tipología básica

V.4.1.1. El maltrato de obra

- por maltrato de obra ha de considerarse toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, de suerte que el maltrato abarca desde el simple acto de violencia física sin resultado lesivo hasta la causación de cualquier lesión.
- Tipificación: el delito de maltrato de obra a un subordinado, tipificado como abuso de autoridad en el art. 104 CPM (art.46 actual) no exige un dolo específico ni prevalimiento alguno de autoridad.
- El elemento subjetivo de la infracción debe estimarse que concurre siempre que el sujeto activo realice la acción de maltrato con conocimiento de la condición de inferior del maltratado y con voluntad de efectuarla.
- Si el maltrato de obra es a un inferior, exige para su integración la concurrencia de los requisitos siguientes: la condición de militares en el momento de la comisión de los hechos de quien abusa y de su víctima; la existencia de una relación jerárquica de subordinación; y que se haya producido un maltrato de obra al inferior, consistente en una agresión física o varias susceptibles de causar perturbación en la incolumidad o bienestar

corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma³⁸⁹.

V.4.1.2. El trato inhumano o degradante

1. Concepto: en primer lugar, lo es el que causa deliberadamente un sufrimiento físico o mental.
2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) delimita como *inhumanos* los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o alimentación.
3. El TEDH delimita como *degradantes* los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana. Así en los supuestos de afectación de la dignidad, en la existencia de humillación ocasionada por la conducta que los origina y en los efectos psicológicos desfavorables para la víctima. Requisitos: (a) Consiste, ya según lo perfila también la Sala V del Tribunal Supremo (TS), en un comportamiento de palabra u obra que rebaja, humilla y envilece al inferior, despreciando el fundamental valor de "*su dignidad personal*", (b) siendo "*preciso que el maltrato de palabra u obra alcance un mínimo de gravedad o que la humillación determinada por el maltrato llegue a un determinado nivel*". La apreciación de ese mínimo es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc. (c) Junto a esa exigencia de gravedad, la jurisprudencia del TEDH señala otro requisito que debe concurrir en el trato degradante, a saber, que pueda crear en la víctima "*sentimientos de temor, de angustia e inferioridad, susceptibles de humillarle, de envilecerle y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral*", así como que "*el sufrimiento y la humillación infligidos deben en todo caso ir más allá de los que comporta*

³⁸⁹ Ejemplos de maltrato de obra: los golpes en el pecho, las bofetadas en la cara y las vejaciones diversas y reiteradas (STS 29 de diciembre de 1999); dar puñetazos en la cara y otras partes del cuerpo (STS 10 de diciembre de 2001); un empujón en el pecho con desplazamiento hacia atrás del Soldado que se hallaba en posición para revista de uniformidad (STS 08 de mayo de 2003); el empujar con las manos en el pecho desplazando al Soldado que se golpea contra la máquina de tabaco existente en la cantina (STS 17 de noviembre de 2003); propinar con el envés de la mano dos o tres golpes en el pecho a un Soldado con intensidad suficiente como para que los golpes fueran oídos por quienes se encontraban próximos a la formación (STS 13 de mayo de 2005); agarrar fuertemente por el cuello el Jefe de Pareja al Guardia auxiliar (STS 13 de junio de 2005); propinar a una Soldado un fuerte puñetazo en el pecho (STS 13 de julio de 2005); o bien el "ligero cachete en la cara" propinado a un Soldado para que siguiera con atención las explicaciones que en clase teórica impartía el procesado a toda una Sección (STS 30 de noviembre de 2006). No lo es: golpear dos veces con la mano abierta en el brazo derecho de un Soldado, pero sin intensidad suficiente para desplazarlo.

inevitablemente una forma concreta de trato o pena legítimos.(d) Se añade que el trato degradante es aquel cuyo objeto es “*humillar y rebajar públicamente*” (e) de forma que se apodere de la víctima “*un sentimiento de terror e inferioridad*” (f) sin que, por otro lado, la ausencia de la intención de humillar y degradar a la persona afectada excluya de forma concluyente la estimación, (g) siendo necesario –según ya el TC-, para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes, que “*éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condenas*”.

4. El tipo definido en el art. 106 CPM de 1985 (actuales 45,48 y 48) carece de todo elemento subjetivo añadido a la pura y simple acción de dar un trato degradante a un inferior. El dolo, pues, recae exclusivamente sobre la acción en que consiste el trato degradante, con independencia de la finalidad o de la intencionalidad que específicamente persiguiese el agente ... en este delito no se exige el específico ánimo de degradar o humillar y no podía ser de otro modo, pues lo que se protege, junto al valor castrense de la disciplina, es el valor constitucional de la dignidad humana elevada a la jerarquía de derecho fundamental del hombre y, como tal, inatacable e inderogable.

V.4.2. La participación por omisión en la comisión del delito (FJ 5º), coautoría y participación del extraño

El artículo 11 del CPM de 1985 (actual 4) contiene una regulación expresa de la comisión por omisión mediante una cláusula general, en la que el tipo objetivo se integra por las siguientes *notas*: que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación; que el resultado que no se ha evitado sea típico; y que se haya infringido por el actor un especial deber jurídico que le sea exigible para la evitación del resultado por su posición de garante. Las fuentes de esta posición de garantía vienen concretadas en el citado artículo 11, en una doble alternativa, en los siguientes términos: “a) *cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar*” y “b) *cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*”.

La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia, a saber: 1º una situación típica, 2º ausencia de la acción determinada del agente que le era exigida; 3º. Capacidad de realizarla, así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva, a saber, (a) la posición de garante; (b) la producción del resultado; y (c) la posibilidad de evitarlo.

La doctrina conoce la posición de garante: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actual; b) o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Tiene en cuenta el llamado “juicio de equivalencia”, según el cual el delito sólo se entenderá cometido por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, “*equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación*”. No cabe hablar de relación de causalidad en estos delitos de omisión, porque lo que no existe no puede ser causa de nada. Pero sí ha de realizarse en cada caso esa valoración, de modo que pueda equipararse la no actuación esperada, en su antijuridicidad, a los casos de actuación positiva, es decir, a la ejecución del delito mediante acción.

Pero cabe una coautoría: cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores, sin que sea de aplicación al respecto los criterios de la teoría formal objetiva de la autoría, es decir, la exigencia de que la acción del autor (en su caso el coautor) haya realizado por sí la acción típica –o una parte de la misma- que caracteriza el comportamiento punible. La coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho.

El artículo 12 CPM de 1985, actualmente el art.5, dispone que se entenderá que es superior *el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente más elevado o del cargo o función que desempeñe como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones*. El que es superior en virtud de un cargo jerárquicamente más elevado conserva esa consideración en todo caso, porque la condición de Superior es permanente y no depende de la función que se desempeñe. La relación jerárquica castrense constituye el engranaje indispensable para determinar los derechos y deberes que surjan entre el superior y el inferior y qué responsabilidades pesan sobre uno y otro. Al Superior no solo le compete dar órdenes en el ejercicio de sus funciones, sino que también tiene el inexcusable deber de proteger al inferior: se les tiene que guardar la consideración que merecen.

Cabe la participación del “extraneus” en los delitos especiales impropios, como es el de abuso de autoridad. Sin embargo, el *extraneus* no infringe el deber específico del autor y, por tal razón, puede ser condenado con una pena atenuada respecto de éste, pues la falta de infracción del deber especial del autor comporta, por regla general, un menor contenido de la ilicitud del partícipe, aunque no elimina su cooperación en la infracción del deber del autor y en la lesión del bien jurídico.

Por tanto, es técnicamente correcto hablar de participación de iguales, es decir, de sujetos en quienes no concurre la cualidad de superior.

No es, como alguna vez se ha dicho, un delito de los llamados por la doctrina “*de propria mano*”, que son aquellos en los que el único modo posible de autoría consiste en la realización física de la acción típica, sino un delito “*especial*”, esto es, un delito que solo puede ser cometido, tomada la palabra “comisión” como realización plena del tipo, por determinadas personas vinculadas por un deber específico, cual es, en el militar superior de otro, el de no abusar de su autoridad y respetar la dignidad y la integridad física del inferior. Puede decirse incluso que el delito que se describe en el art. 106 CPM de 1985 es un delito “*especial impropio*” en la medida en que si bien el deber de no abusar de la autoridad sólo incumbe al superior, el de respetar la dignidad y la integridad física de la persona afecta obviamente “a todos”.

Por el bien del servicio y el interés general de todos creemos –particularmente- que la amistad, la enemistad e inclusive el parentesco entre inferior y superior podría llegar *en su caso* a ser un dato de prueba (y criminológico) que facilitase esa posibilidad disciplinaria o hasta delictiva técnicamente existente según los criterios de principio de *ultima ratio* que creemos que son también propios del Derecho de Gentes.

V.5. El valor jurídico de un *Standardization Agreement*, STANAG (OTAN)

- Ha ocurrido que una orden Ministerial apruebe un STANAG OTAN, esto es, el procedimiento para la implantación o ratificación de los “*Acuerdos de Normalización OTAN*”.
- Son acuerdos que no tienen otro valor que el meramente instrumental –para posibilitar la interoperabilidad-; instrumentos o vehículos para introducir o establecer procedimientos normalizados o estandarizados a aplicar por los Estados que, como *España*, sean Partes en el Tratado del Atlántico Norte hecho en *Washington* el 4 de abril de 1949, instituyente de la OTAN, y “*que decidan ser participantes en estos procedimientos o técnicas de normalización para la aplicación común*”, ora en ejercicios o maniobras a desarrollar por sus Fuerzas Armadas de normas convencionales en las que tales Estados sean Partes (el Convenio III de *Ginebra* de 12 de agosto de 1949, por ejemplo), ora en cualesquiera otras materias –operativas, logísticas o administrativas- de índole militar.
- No tienen, pues, rango ni valor normativo alguno ni en el Derecho internacional ni en el Derecho interno español.
- Son, tan sólo, procedimientos de homologación u homogeneización de la actuación de los agentes o personas sujetas a la jurisdicción de determinados Estados a la hora de implementar, en este caso que nos

ocupa, un sector de la normativa del Derecho internacional humanitario o Derecho internacional de los conflictos armados aplicable en los conflictos armados de carácter internacional.

- No son sino una mera guía, indicación u orientación a seguir en supuestos idénticos a los que se contrae.
- No pueden interpretarse o aplicarse en forma que se oponga a lo dispuesto en la legislación penal española y, menos aún, al artículo 15 de nuestra Constitución (CE). Y tampoco cabe, por ende, que su contenido, o la hermeneusis del mismo, colisione con lo prescrito, para el trato de los prisioneros de guerra, por los instrumentos convencionales sobre la materia en los que *España* es Parte o con las normas que constituyen el núcleo del Derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados internacionales.
- No tiene fundamento atribuirles carácter de “*normas militares, tanto nacionales (del mando de doctrina, MADOC) como internacionales (STANAG)*” que prevean la licitud de ejercicios tendentes al “*endurecimiento*” de los soldados que pueden caer prisioneros, con especial referencia a su resistencia psicológica, pues tales documentos están desprovistos de carácter normativo, interno o internacional, y desde luego, no prevén, ni podrían hacerlo (y, de hacerlo realmente, no constituiría tal previsión causa alguna de justificación de una conducta contraria al ordenamiento legal patrio), la licitud de actuación alguna, sea cual fuere su concreta finalidad, que atente contra la integridad física o moral de las personas o que, incluso en la concreta situación de conflicto armado para la que pretenden que se instruya a los miembros de las Fuerzas Armadas, resultare, por tal razón, contraria tanto a lo proclamado en el artículo 15 de la CE –ya que, ex artículo 55.1 de la Norma Fundamental, el derecho en él consagrado no puede ser suspendido ni siquiera en los excepcionales supuestos que en este último precepto se prevén- como a las prescripciones de los tratados internacionales en materia de trato debido a los prisioneros de guerra en que España es Parte, y, por ende, a la legislación penal española al efecto, contenida tanto en el Título II del Libro Segundo del Código Penal Militar como en el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal.

En el comentario al caso de la doctrina hasta aquí reflejada destacamos que el procedimiento aplicado tenía su fundamento en un STANAG proveniente de la OTAN, es decir, un Tratado cuya aplicación –tal como ha ocurrido con *España* en la Historia inmediatamente previa a su entrada en él- no debe depender de la tarea internamente ejecutiva de transposición de sus procedimientos operativos (en virtud de una orden ministerial, en todo caso, *se supone previamente informada por la Asesoría Jurídica del Ministerio/s afectado/s*) sencillamente porque,

además, ya fue aprobado por *referéndum* por el pueblo español (art.93 y 96 CE), lo que sin embargo refuerza mantener una postura monista de la aplicación del Derecho Internacional Convencional. Por otro lado, y ya que a continuación aludiremos al *habeas corpus*, no deja de ser significativa la polémica penal calificativa (STC de 10 de julio de 1980) entre la llamada retención y la detención: sabemos que **QUERALT**³⁹⁰ tiene en suma argumentado que esa distinción es jurídicamente ficticia porque, a su juicio, la retención policial no es más que una detención ilegal y, por consiguiente, un acto delictivo. *Nosotros no opinamos lo mismo*³⁹¹.

VI. EL ESPIONAJE Y EL CONTRAESPIONAJE, UNA INTRODUCCIÓN HISTÓRICA. La información previa como una constante de mantenimiento del poder

VI.1. El espionaje para *Sun Tzu*

En el "*Arte de la Guerra ilustrado*"³⁹² afirmó que "*lo que posibilita a un gobierno inteligente y a un mando militar sensato vencer a los demás y lograr triunfos extraordinarios es la información previa*". Los terroristas hoy también hacen acopio de esa máxima, pero no así la filosofía que está detrás de ella porque en todo caso la desvirtuarían al sacarla fuera del contexto de la guerra; es una filosofía según la cual, para ese viejo autor (años 600 A.C), ya decía también en su obra que "*cien victorias en cien batallas no es lo ideal. Lo ideal es someter al enemigo sin luchar*"³⁹³.

VI.2. El espionaje en la antigüedad

Judas Iscariote es un icono del delator. En la antigüedad mesopotámica, en la griega y la romana, y después hasta en la de otros pueblos europeos como los normandos, desarrollarían su propio sistema de información con elementos inherentes a cualquier sistema contemporáneo. De hecho, la inevitable necesidad

³⁹⁰ **QUERALT, JOAN J.** (1986) "*El policía y la Ley*". Plaza & Janés, 1986. ISBN 84-01-90161-8.

³⁹¹ Porque, en definitiva, no compartimos del todo el criterio notorio de la Cruz Roja cual es el de separar estrictamente los criterios de combatiente o no combatiente. No hay que olvidar que, tal como dijimos, cabe encontrarse con el planteamiento de un *tertium genus*: el combatiente ilegítimo. Pusimos el ejemplo de un francotirador y el de un espía. Esto es así al igual que en materia de estatutos colectivos del Derecho de la Guerra tampoco pueden clasificarse solo como beligerantes o neutrales, sino que cabe también el estatuto de no beligerancia como una modalidad de la neutralidad. Entendemos que tal variedad de tipologías es prueba de la dinamicidad de los nuevos conflictos –hoy día llamados "asimétricos"- y, por tanto, también del Derecho de Gentes en su última afectación. Vid. Anexo I.

³⁹² **SUN TZU** (2001). Ed. Thomas Cleary, 3ª Ed., Madrid; México, Buenos Aires, Edaf, 2001, p.219-223.

³⁹³ Es una filosofía bélica opuesta a la de **Clausewitz**, quien pensaba que la guerra es un acto de fuerza para doblegar la voluntad del enemigo. Vid. Edición en castellano "*De la Guerra*", Ediciones del Ministerio de Defensa de España, dos volúmenes, 1999. Edición dirigida y traducida por Michael Howard y Peter Paret.

de la información para la política, la guerra y la economía reproduce *un esquema simple pero atemporal*: desarrollo de medios para la obtención por un lado y para la difusión de la información por otro. La correspondencia escrita de los normandos provocó una mejora en el transporte de las cartas pero también de los mensajes orales por medio de mercaderes, sacerdotes, etc. Del mismo modo, también se aprovecharon las palomas mensajeras y de medios criptográficos para proteger mensaje y medio³⁹⁴.

VI.3. El espionaje en la guerra medieval

Si nos remontamos a la etapa del explorador de la guerra medieval la mejora del sistema postal corrió paralelo al cotidiano celo criptográfico con el que preservar hasta donde era posible el contenido de los despachos en caso de que fueran interceptados por países enemigos al traspasar las fronteras, lo que parecía ser una práctica frecuente³⁹⁵, por ejemplo, mediante la técnica de asaltos de bandoleros.

VI.4. Desde el primer capitalismo hasta la actualidad

Tampoco las grandes campañas comerciales nacidas al amparo del primer capitalismo se privaron de esta figura del espionaje para obtener una posición ventajosa frente a competidores o incluso enemigos del propio Estado. Fue la plena implantación de la forma escrita, el registro (archivos, catastros, mapas, códigos, etc.) como almacenamiento de información a disposición del Rey, lo que permitió el mantenimiento de espacios políticos espacialmente tan alejados como los de la Corona de *Portugal* o, todavía más, el de la Monarquía Católica, en que se integró de 1580 a 1640. Puede decirse, pues, que tal como afirma algún autor³⁹⁶ a lo largo de la historia la obtención, control, análisis y utilización del conocimiento obtenido para fundamentar la toma de decisiones del poder político constituye una constante imperecedera muy anterior al siglo XX puesto que *“los gobiernos han procurado recoger y almacenar información acerca de sus súbditos desde el tiempo de los antiguos asirios, si no antes. Como afirma un sociólogo contemporáneo todos los Estados han sido “sociedades de la información”, puesto*

³⁹⁴ **DEUVE, JEAN.** (1900). *“Les Services secrets normands: la guerre secrète au Moyen âge: 900-1135”*, Condé-sur-Noireau Corlet, 1900. Es la Nota 3 recogida del libro de **NAVARRO BONILLA, D.** (2004). *“Los archivos del espionaje: información, razón de Estado y organismos de inteligencia en la monarquía Hispánica”*, 2004, Caja Duero, Depósito legal: S.635-2004, trabajo galardonado con Premio Nacional de Defensa, 2003, en la modalidad de investigación en ciencias históricas relacionadas con el ámbito militar (MINISDEF).

³⁹⁵ **NAVARRO BONILLA, D.** (2004), Ob. cit. p.135 y 136. Cuenta con ejemplos, en cualquier caso, la necesidad de métodos para ocultar los pliegos y cartas enviados desde un país a otro. Se detallaban en obras y tratados militares y diplomáticos como sucede en la obra de **Álvaro Navia Osorio y Vigil**, *“Compendio de los veinte libros de Reflexiones militares (...)”*, Madrid, Imprenta Real, 1787, 2 vols., así en vol.1, p.222.

³⁹⁶ **BURKE, P.** (2000). *A Social History of Knowledge*, Cambridge, Polity Press, Blackwell. La edición española: *“Historia social del conocimiento: de Gutenberg a Diderot”*, Barcelona, Buenos Aires; México, Paidós. P.153-192.

que la generación del poder estatal presupone la reproducción del sistema controlado de forma refleja, lo que implica la recogida, el almacenaje y el control sistemático de la información con fines administrativos”.

VII. LA IMPORTANCIA DEL SECRETO. DEFINICIÓN

El secreto es un lenguaje de poder no sólo característico del terrorismo como tal en cuanto que también es *el nexo que conecta estrechamente razón de Estado, espionaje y clandestinidad*³⁹⁷. Una cuidadosa información no se puede lograr mejor que con sabuesos y espías.

VII.1. El secreto como deber de cargo y como método

Tradicionalmente ese ha sido el principal deber del consejero³⁹⁸ y del secretario en los Estados, *así como de la diplomacia en general*: mantener secretas las deliberaciones y, a la vez, procurar informarse de todo lo que ocurre. Esa prudencia de hablar, escuchar y escribir lo visto y oído requería forma y método: *atender a conceptos claros, concisos y verdaderos, así como la separación del rumor y de la habladuría del hecho contrastado*. De esta forma el desarrollo de la escritura y el registro de los datos como técnica, unido a la generación de conocimiento para el ejercicio del poder formaron el armazón de la poderosa maquinaria informativa del Estado, sobre todo el burocrático. Por tanto, no sólo el terrorismo, también el propio ejercicio de la guerra, ya antes, requirió de una burocracia especializada, por lo que pronto el militar se vio en la necesidad también de contar como aptitud la de la lectura, la escritura y rudimentos de contabilidad y control de los efectivos a su mando³⁹⁹.

VII.2. El aprendizaje por el terrorismo de la burocracia

El terrorismo lo que hace es “recoger el guante”, es decir, utiliza los mecanismos y recursos necesarios para vigilar la calle y mantener actualizado el conocimiento más o menos subrepticio de todo lo que ocurre en espacios informativos, así los de la ciudad, entre otros. Una de sus principales tareas, al igual que la propia policía, es el mantenimiento de redes, sistemas o servicios cuyo principal cometido sea el de la obtención de información fiable. Para ello hay que tener la cautela de que no haya quien suministre informaciones para justificar su existencia, y para lucro, toda vez que puede hacer imputaciones sólo a quienes sean sus potenciales

³⁹⁷ FRAGUAS, R. (2003). “Espías en la transición”, Madrid, Oberon, p.14.

³⁹⁸ Su prototipo en este sentido fue *el Conde Duque de Olivares* y *el Cardenal Richelieu*, quienes crearon su propia red de espionaje.

³⁹⁹ Tal como recoge **LABORDA BARCELÓ, J.** (2003). “Apuntes sobre las características de los mandos del Ejército del siglo XVI”, en Revista de Historia Militar, vol.XLIV: nº 93 (2003), p.89-107, de los cabos de escuadra, **Sancho de Londoño** llegó a decir en el siglo XVI que “*han de saber leer y escribir y contar (...) han de tener cuenta de los bastimentos, armas y otras cosas que se repartieren entre los soldados de sus compañías*”.

enemigos sirviéndose del murmullo. El espionaje, pues, en definición de **NAVARRO BONILLA**⁴⁰⁰, constituye “*una labor de inteligencia o de trato secreto, es decir, aquel tipo de conocimiento basado en información estructurada, obtenida por una red de agentes cuyo resultado documental secreto o restringido constituye el producto básico para la toma de decisiones política, militares o económicas por parte del órgano decisorio*”.

VII.3. La distinción entre Información e Inteligencia

La información, en sí, no es inteligencia sino que una serie de características intrínsecas, un proceso y un destino determinan que la información acabe convirtiéndose en inteligencia. El acopio clandestino de información, como base de la inteligencia, es una de las principales actividades. El terrorista o la persona que por él “espía” observa, reconoce, registra con cautela y disimulo, escucha y acecha encubiertamente lo que se dice, y lo hace como sucede en la guerra para saber cuáles son los movimientos del enemigo, cabiendo hasta la posibilidad del “espía doble”, es decir, el que poniendo una vela a Dios y otra al diablo sirve falsamente a ambas partes, descubriendo igualmente los secretos de los unos a los otros. De ahí la necesidad también del contraespionaje.

VII.4. Las consecuencias del espionaje

La consecuencia es que la imagen del espía es negativa. Su información, muy próxima a veces a *la delación*, constituye la llave para perpetrar detenciones, asesinatos y otros delitos. Como consecuencia siempre se había tenido por conveniente en la guerra “pasarlos por las armas”, es decir, hacerlo ejecutar a la pena capital. Su acción se la ha afeado y abominado de esta manera y a través de la debida publicidad de esa consecuencia mediante bandos, pregones y edictos para que el horror de la pena detenga el mismo atrevimiento de otros. Pero esto no ha impedido que las unidades militares dispongan de sus propios servicios de inteligencia en torno a los “espías”. La necesidad de contar con agentes y confidentes que escudriñasen los centros desde los que se podía observar un hecho o se producía una información susceptible de ser pagada por un Estado, introduce un elemento de interés: el valor económico de la información. Pagar por enviar información de calidad animó a una variada pléyade de individuos a deslizarse hacia el espionaje. Las razones para introducirse en esta dinámica son ideológicas –políticas y religiosas–, pero también como forma de rehabilitación judicial. Sin embargo, en muchas ocasiones, abrazar las tareas de informador obedeció simplemente a una razón de lucro económico (pagar por avisar): “*la*

⁴⁰⁰ **NAVARRO BONILLA, D.** (2004), Ob. cit. “*Los archivos del espionaje: ...*” p. 43. También cuenta, p.95, que **Thomas F.Troy** subraya en su concepto y delimitación que básicamente es conocimiento del enemigo, presidido por el secreto, para cuyo estudio se debe de partir del primer escalón, es decir, del agente o espía (“*human intelligence*”), mientras que **Abram N.Schulsky** propuso cuatro partes en su concepto: Colección, Análisis, Acciones Encubiertas y Contrainteligencia.

ambición económica, la simple avaricia de dinero, arrastró a muchos individuos a ver en el espionaje una forma de mantener o de incrementar su fortuna⁴⁰¹.

VIII. MÉTODO DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN

VIII.1. Fuentes y redes

El que fue desarrollado por muchos de los responsables de los servicios de información al servicio de los Estados Europeos mantenía algunas características comunes. Las redes de espionaje acudían a lugares muy señalados a la hora de recibir, procesar e intercambiar información relevante. Cuenta **NAVARRO BONILLA**⁴⁰² a este respecto, sirviéndose de la bibliografía que cita⁴⁰³, que *Sir Francis Walsingham*, el principal artífice del primer servicio de inteligencia organizado en *Inglterra*, no dudaba en acudir a este grupo social para alimentar su propio sistema de información.

VIII.2. Censores y contraespionaje

La abundancia de espías en el *Palermo* de fines del siglo XVI obligó a que la autoridad virreinal tomara cartas en el asunto⁴⁰⁴.

IX. LA RELACIÓN DEL ESPIONAJE CON EL SABOTAJE ANTE LAS NUEVAS AMENAZAS DE HOY. EL NUEVO ESPACIO DE LA CIBERAMENAZA

IX.1. La importancia de las nuevas tecnologías: el nuevo espacio cibernético para la guerra y la delincuencia

En la actualidad, a través de una revolución tecnológica silenciosa, los ordenadores e internet han transformado hasta la economía e incluso a los ejércitos occidentales les han dado grandes ventajas también en esta faceta, así la capacidad de enviar aviones controlados remotamente para capturar inteligencia y, en su caso, atacar objetivos (*drones*). Pero a falta de aeronaves tan costosas la amenaza terrorista encuentra otros medios menos onerosos y de gran impacto, incluso con gran incidencia en los métodos terroristas de ataque porque pueden asegurar el anonimato y, lo que es muy fabuloso para ellos, sobre todo

⁴⁰¹ **NAVARRO BONILLA, D.** (2004). Ob. cit. "Los archivos del espionaje:..." p. 85.

⁴⁰² *Ibidem*, p.172.

⁴⁰³ **FERRARO PARMELEE, L.** (1996). "Good Newes from Fraunce: French Anti-League Propaganda in Elizabethan England", Rochester (N.York), University Press, pp.27-51:"Printers, Patrons, Readers and Spies", p.40.

⁴⁰⁴ Para ello, ordenó en el cumplimiento de unas ordenanzas atajar la presencia de informadores mediante la creación de dos "censores" que desarrollarían acciones de "contraespionaje", trazando una cuadrícula a la ciudad y delimitando su zona de actuación según cuarteles y barrios: posadas, tabernas y otros establecimientos de dudosa reputación constituían los viveros a los que acudir en busca de espías (vagabundos, gente holgazana y de mal vivir, jugadores, vagos y maleantes).

una herramienta hoy de victoria del pequeño sobre el grande, cuales son la expansión y penetración de la telefonía móvil o, a veces, hasta los programas dañinos de ordenadores (virus), así los troyanos, con los que producen sabotajes de infraestructuras críticas y que pueden ser introducidos en los ordenadores a través de lápices de memoria tipo USB, que luego se multiplica a sí mismo como si fuera un gusano, pasando de un ordenador a otro, instalando programas troyanos de espionaje para recoger información y pudiendo dañar tanto sitios web como sistemas operativos.

IX.2. Formas de manifestación de la nueva amenaza

IX.2.1.El envenenamiento informático masivo

Ha habido ya problemas de envenenamiento masivo en el tráfico de direcciones informáticas que consistió en que los *hackers* o piratas informáticos “secuestrarán” el sistema de nombre de dominio DNS aprovechando un error en el sistema de asignación de direcciones de internet y eso les permitía re-direccionar el tráfico de internet a sitios falsos con los que podían “robar” datos tales como números de cuentas bancarias, datos privados o contraseñas personales. Hace un tiempo se detectaron vulnerabilidades en el sistema DNS que permiten que un atacante fuerce el proceso de buscar una persona o buscar un sitio en Internet utilizando o *suplantando su nombre*. El objetivo del ataque es tomar el control de la sesión para, por ejemplo, enviar al usuario el propio sitio web fraudulento del atacante, con el fin de obtener los datos de la cuenta y la contraseña. Por esta razón y tras un período largo de investigación, el organismo internacional informático regulador de los nombres de dominio (*The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN*)⁴⁰⁵, ha implantado un Protocolo de Seguridad⁴⁰⁶ para resolver el problema que brinda la protección contra este tipo de ataques mediante *la firma digital* de los datos a fin de asegurar que son válidos. La expansión del ciberespionaje⁴⁰⁷ ha elevado el riesgo de interrupción de *infraestructuras críticas*⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Es una asociación sin ánimo de lucro fundada en 1998 cuyo objetivo es asegurar que Internet sea segura, estable e interoperativa, que promueve la competencia y desarrolla políticas de identificadores únicos de Internet. ICANN no controla el contenido de Internet, no puede detener el correo basura (Spam) y no gestiona los accesos a Internet, pero gracias al sistema de nombres de dominio (DNS) Internet puede evolucionar y hacerlo a la velocidad que lo hace.

⁴⁰⁶ Protocolo DNSECC cuya consulta se puede hacer en www.icann.org/es/announcements/dnssec-qa-09oct08-es.htm

⁴⁰⁷ **CANAU ROMERO, J.** (2001). “Estrategias nacionales de ciberseguridad. Ciberterrorismo”, en Cuaderno de Estrategia nº 149 (“Ciberseguridad.Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio”) del Instituto Español de Estudios Estratégicos, MINISDEF, nº 149, p.269-270, quien sobre este tema de ciberespionaje concluye que “el ciberespacio ha reducido la dificultad de entrar en el juego del espionaje y el crecimiento de Internet incrementa la superficie de actuación, por ello, la posibilidad de recibir ataques procedentes de otros Estados intentando adquirir información sensible o clasificada de su gobierno, información de sus empresas estratégicas, es quizás el riesgo más elevado al que se enfrentan las naciones”.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p.270, para su definición. Agrupan doce sectores importantes, que son: *administración, agua, alimentación, energía, espacio, industria nuclear, industria química,*

como estaciones eléctricas y servicios financieros, de forma que es una amenaza nueva, real y creíble: el ciberespionaje es el desastre más grande de la inteligencia desde la pérdida de los secretos nucleares a finales de la década de los 40⁴⁰⁹.

IX.2.2. La manipulación de datos y pérdida de su confidencialidad

El siguiente paso tras penetrar en las redes para robar datos es *disrupt* o manipularlos. Si la información militar clave puede ser atacada, podrán ser inutilizados misiles balísticos. Los atacantes pueden preferir ir a por información de logística militar no clasificada e incluso infraestructuras civiles. Una pérdida de confidencialidad en transferencia electrónica de datos financieros puede producir desastres económicos. Un desastre podría ser un ataque a las redes eléctricas. Sin electricidad y otros servicios críticos, los sistemas de comunicaciones, los cajeros automáticos dejarían de funcionar. Una pérdida de energía durante unos pocos días, puede producir daños económicos en cascada impredecibles. *Los ciberterroristas siguen atacando sitios web legítimos de forma planificada, a la vez que gestionan ataques de spam controlados (ataques multivectoriales) preparados para actuar en un momento concreto y enfocados en establecer keyloggers (programas capturadores de teclados), bots y puertas traseras. La mezcla de tecnologías dirigidas a un solo objetivo es cada vez más frecuente. La estrategia de Seguridad ante semejante clase de amenazas a las que hay que hacer frente no debe ser restringida a las Administraciones Públicas, a las Fuerzas Armadas o Fuerzas de seguridad, sino que debe llegar a las infraestructuras críticas, organizaciones y empresas de todo tipo, la industria y a los ciudadanos. El ciberespacio, en suma, es el nuevo campo de batalla de la propia delincuencia, y, por ende, de la guerra y del terrorismo.*

X. PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y OPERATIVA: UNA APROXIMACIÓN GENERAL

X.1. Multiplicidad de jurisdicciones implicadas y nuevos delitos

El problema es que esta amenaza proviene probablemente de múltiples jurisdicciones⁴¹⁰, lo que limita la aplicación de la ley o las opciones incluso militares

instalaciones de investigación, salud, sistema financiero y tributario, transporte y tecnologías de la información y las telecomunicaciones.

⁴⁰⁹ JOYANES AGUILAR, L. (2011). "Introducción. Estado del arte de la ciberseguridad", en Cuaderno de Estrategia nº 149 ("Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio") del Instituto Español de Estudios Estratégicos, MINISDEF, 2011, nº 149, p. 32.

⁴¹⁰ La competencia jurisdiccional en los cibercrímenes, en particular cuando se refiere al terrorismo, es un asunto complicado y difícil puesto de manifiesto por autores como TRACHTMAN, J.P. (2004) "Global Cyberterrorism, Jurisdiction, and International Organization", Tufts University, The Fletcher School. En este sentido, acciones en internet que son legales en el país donde se inician pueden ser ilegales en otros países, incluso cuando el acto no sea particularmente fijado como objetivo en ese único país. Los conflictos sobre la competencia jurisdiccional pueden ser

del Estado, y, de hecho, supone un serio quebranto para la normalidad y la seguridad de una sociedad avanzada. Por ello, en *España*, la modificación del Código Penal de 1995, estableció penas de prisión para el acceso no autorizado y el daño a sistemas informáticos⁴¹¹; no sólo prevé una red judicial común de trabajo⁴¹² sino que entre las medidas sancionadoras destacan como nuevas conductas punibles las de *borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema de información ajeno, y el acceso sin autorización vulnerando las medidas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo.*

Como nuevos delitos incluidos están la captación de menores para espectáculos pornográficos o el tráfico ilegal de órganos, así como la responsabilidad penal de personas jurídicas, y nuevas penas. La venta de material audiovisual, el “*top manta*”, siempre que sea al por menor y con un beneficio económico escaso, tiene como pena la del trabajo en beneficio de la comunidad. Tampoco hemos de dejar de mencionar aquí, además del Protocolo Adicional sobre incriminación de actos de naturaleza racista y xenófoba, cometidos a través de sistemas informáticos, aprobado por el Consejo de Europa el 30 de enero de 2003, entre otra⁴¹³ normativa relacionada, el Convenio del Consejo de *Europa*, sobre cibercriminalidad, firmado en *Budapest* el 23 de noviembre de 2001, que fue ratificado por *España* el 3 de Junio del 2010, y en vigor desde el 01 de octubre de 2010.

tanto negativos –que ningún Estado reclame la competencia-, como positivos –varios Estados la reclaman-. Pero por encima de todo lo que no está claro es qué constituye la competencia jurisdiccional: ¿Es el lugar donde se lleva a cabo la acción?, ¿el país de residencia de quien la lleva a cabo?, ¿el lugar donde se producen los efectos de la acción?, ¿o el país cuya nacionalidad tiene el propietario del ordenador que ha sido objeto de ataque?, ¿o todos a la vez? **El problema, en cualquier caso, es que los países no se ponen de acuerdo completamente sobre esta cuestión y tienen visiones diferentes, habiendo una gran divergencia global.**

⁴¹¹ Modificación de 23 de Junio de 2010, BOE con Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica el CP de 1995.

⁴¹² Proyecto EJIS (Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad).

⁴¹³ (1) **Convenio 108/81 del Consejo, de 28 de Enero**, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, (2) la **Directiva 95/46CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995**, relativa a la protección de datos personales de las personas físicas y a la libre circulación de estos datos, (3) la **Directiva 2000/375/JAI**, de adopción de medidas, sobre todo policiales, para la persecución de conductas de pornografía infantil, (4) la **Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 8 de Junio**, de armonización de los ordenamientos europeos en materia de servicios de la sociedad de información, (5) la **Decisión Marco 2001/413/JAI, del Consejo, de 28 de mayo**, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (DO L 149 de 2.6.2001), (6) la **Directiva 2002/58/CE, de 12 de Julio**, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, (7) la **Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22.12.2003**, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DO 13/44 de 20.01.2004), (8) la **Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de 24 de febrero**, relativa a los ataques de los que son objeto los sistemas de información (DO L 69 de 16.03.2005), y (9) la **Directiva 2006/24/CE**, sobre conservación de tráfico de las comunicaciones electrónicas.

Destacamos en él la parte procesal, en concreto, la regulación de la competencia, que insta a los Estados para que se atribuyan jurisdicción respecto a cualquier infracción penal contenida entre los arts.2 a 11 de dicho Texto, cuando la misma se haya cometido en su territorio, a bordo de una aeronave que ondee pabellón del Estado; a bordo de una aeronave inmatriculada en ese Estado, o por uno de sus súbditos (art.22⁴¹⁴). En este sentido, se advierte que el Convenio mantiene el principio de territorialidad como criterio de atribución de competencia, y no introduce reglas de ampliación o extensión de la jurisdicción.

En lo relativo a la cooperación internacional, junto a los principios generales (art.23), se estipulan las reglas de extradición (art.24), y un conjunto de medidas de colaboración y asistencia (arts.25 a 35). Todo ello supone un significativo avance para la persecución e investigación de estos ilícitos, aunque tal es el desarrollo de las tecnologías que en algunos aspectos está siendo sobrepasado por ellas.

Pero como peligros existentes incluso en materia jurisdiccional, a pesar de que internet no conoce fronteras, tal como pone de manifiesto **GONZÁLEZ CUSSAC**⁴¹⁵, en algunos de los países autoritarios más poderosos sí se están tejiendo límites muy estrictos⁴¹⁶. Pero esta capacidad técnica para controlar la

⁴¹⁴ **Artículo 22 – Competencia.**1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para atribuirse la competencia respecto a cualquier infracción penal establecida en los artículos 2 a 11 del presente Convenio, cuando la infracción se haya cometido: a.en su territorio; b.a bordo de una nave que ondee pabellón de ese Estado; c.a bordo de una aeronave inmatriculada en ese Estado; d.por uno de sus súbditos, si la infracción es punible penalmente en el lugar donde se ha cometido o si la infracción no pertenece a la competencia territorial de ningún Estado.2. Las Partes podrán reservarse el derecho de no aplicar, o de aplicar solo en ciertos casos o condiciones específicas, las reglas de competencia definidas en los párrafos 1b a 1d del presente artículo o en cualquiera de las partes de esos párrafos.3. Las Partes adoptarán las medidas que se estimen necesarias para atribuirse la competencia respecto de cualquier infracción mencionada en el artículo 24, párrafo 1 del presente Convenio, cuando el presunto autor de la misma se halle en su territorio y no pueda ser extraditado a otro Estado por razón de la nacionalidad, después de una demanda de extradición.4. El presente Convenio no excluye ninguna competencia penal ejercida por un Estado conforme a su Derecho interno.5. Cuando varios Estados reivindiquen una competencia respecto a una infracción descrita en el presente Convenio, los Estados implicados se reunirán, cuando ello sea oportuno, a fin de decidir cuál de ellos está en mejores condiciones para ejercer la persecución.

⁴¹⁵ **GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.** (2011). “Estrategias legales frente a las ciberamenazas”, en Cuaderno de Estrategia nº 149 (*Ciberseguridad.Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*) del Instituto Español de Estudios Estratégicos, MINISDEF, nº 149, p.108-110.

⁴¹⁶ Es el caso de *China e Irán*, que han invertido sustanciosas cantidades en tecnologías de la información y de la comunicación para controlar radicalmente *la libertad de expresión* en sus conexiones a la red, interceptando “webs” para capturar disidentes políticos, que luego son detenidos. En la actualidad ya no se conforman con cerrar páginas o censurar resultados en motores de búsqueda, sino que son capaces de espiar al internauta a través de sus proveedores de conexión: leen sus correos electrónicos o *blogs* restringidos y controlan al detalle qué páginas visitan. El empleo de esta tecnología lesiona gravemente el *derecho fundamental a la intimidad*. Los conocidos conflictos de *Yahoo* (2004) y *Google* (2009) con el Gobierno de *China* expresan suficientemente este grave problema. Pero idéntica pretensión han manifestado recientemente *Arabia Saudí, Emiratos Árabes, Líbano, Argelia e India*. Ahora solicitan el acceso al sofisticado

información en la red despertó la preocupación de Gobiernos de Estados de Derecho, ante el posible abuso por parte de las grandes corporaciones⁴¹⁷. *Esta posibilidad obliga a una regulación legal precisa que impida prácticas arbitrarias, garantizando el derecho a la intimidad de los ciudadanos*. La censura del blog de la embajadora del Líbano en Londres, el verano del 2010, por elogiar al fallecido *Ayatolla Mohamed Hussein Fadlallah*, considerado mentor de *Hizbulá* y calificado de terrorista, es un buen ejemplo de esta tendencia. Ello obliga a la búsqueda de un equilibrio entre las libertades civiles y la Seguridad Nacional, que afecta por igual a Gobiernos y empresas tecnológicas. En este contexto tampoco puede dejar de mencionarse la controversia por las revelaciones de documentos clasificados por el sitio web *Wikileaks*, en torno a las actuaciones de las fuerzas armadas norteamericanas durante los conflictos de *Irak* y *Afganistán*.

X.2. La investigación criminal transfronteriza

Por otra parte, estrechamente relacionado a los problemas de carácter jurisdiccional está el de la investigación criminal transfronteriza. Poniendo como ejemplo⁴¹⁸ un caso del FBI ocurrido en otoño del 2000 **GONZÁLEZ CUSSAC** tiene el convencimiento de que - sobre todo tras el 11-S - los robos ultra-territoriales, los sabotajes de un sistema, los llamados “gusanos”, y los ataques de denegación de servicio, causan, hoy por hoy, un enorme daño a los sistemas informáticos de los países. Para poder castigar tales delitos es crucial identificar la procedencia del ordenador del que parte la actividad criminal e incautar o, por lo menos, inmovilizar información relevante para el crimen antes de que la grabación sea eliminada o borrada. Una manera de obtener información sobre ordenadores del extranjero es la de la cooperación entre los organismos oficiales de los países por ello relacionados, pero si pensamos fundamentalmente en el caso de Estados fallidos muchas veces es harto difícil bien porque el Gobierno del país de origen de los

sistema codificado de la telefonía móvil de *Blackberry*, este último país alegando que fue utilizado para preparar y ejecutar los no lejanos atentados de *Bombay*. Probablemente la siguiente empresa en ser requerida será *Skype*.

⁴¹⁷ El más evidente ejemplo está en los proveedores de internet de los EE.UU, que bajo la justificación de combatir lo que consideran “piratería” emplean estas técnicas. Así sucedió en 2008 con *Comcast*, proveedora de banda ancha por cable, que según la Comisión Federal de Comunicaciones, estaba interfiriendo selectivamente sobre ciertas conexiones de programas P2P.

⁴¹⁸ En esas fechas la *La Federal Bureau of Investigation* (en adelante, el FBI) se enteró de que unos *hackers* habían penetrado en las redes informáticos de bancos, grandes grupos empresariales, proveedores de servicios de internet y otras firmas norteamericanas. Ante la sospecha de que los ataques provenían de *Rusia* el FBI intentó, sin éxito, asegurarse la asistencia de *Rusia* para la monitorización y reparación de la actividad criminal. Tras este fallido intento, los *EE.UU* decidieron actuar unilateralmente. Después de obtener una orden de registro en los *USA*, empleó un programa rastreador (“*sniffer*”) de registro de pulsación de tecla, para conocer los nombres de usuario y contraseñas de los *hackers*. Esta información fue empleada, a su vez, para bajar información incriminatoria de los ordenadores de los *hackers* en *Rusia*. Tal como pone de manifiesto **GONZÁLEZ CUSSAC, J.L** (2001). *Ob. Cit. “Estrategias...”* p.113, las acciones descritas del FBI son conocidas como “*remote cross-border searches and seizures*”, expresión que se puede traducir como búsquedas e incautaciones remotas transfronterizas (o fronteras), y son una importante herramienta en la lucha contra el cibercrimen.

ataques no tenga la autoridad legal para emprender la medida cautelar predicha de inmovilización de un ordenador del extranjero, bien porque no tenga capacidad tecnológica para ello, bien porque su acción legal sea tan lenta para poder activarla que le dé tiempo suficiente al delincuente para destruir la prueba o hacerla anónima, bien porque simplemente el país de origen no quiera cooperar. Ante tal conjugación de barreras de investigación para esta clase de delitos el país perjudicado por un ordenador del extranjero sí podría considerarse capaz por sí mismo para la resolución del problema, pero a veces no siempre se trata de actuar frente a un Estado fallido. Ante la tesitura de si esa clase de investigación nacional propia de un hecho procedente del extranjero (a través del medio tecnológico como es el que constituye un ordenador) es o no posible está además, y sobre todo, *la cuestión jurídica de si de acuerdo con el Derecho Internacional aquélla violaría la soberanía territorial del país donde los datos son localizados*, que no descubiertos, en cuanto que se sabe de ellos a través de lo que no dejaría de ser un espionaje tecnológico internacional o internacionalizado cuya nulidad procesal en un juicio podría venir, por ejemplo, a través de la famosa doctrina de origen norteamericano de “los frutos del árbol envenenado” o de la prueba ilícita (art.11⁴¹⁹ de la LOPJ en *España*, por ejemplo), es decir, inclusive hasta con arreglo al Derecho nacional del país que comete la investigación, toda vez que en todo caso no hay una autorización o consentimiento para ello del país donde se halla el ordenador investigado, como hacen asimismo los terroristas...

Como quiera que aún a día de hoy no se tiene constancia de norma positiva ni de otro precedente que nos dé luz a este problema, por nuestra parte sólo indicaremos que habría que estar a las circunstancias existentes no sólo sobre la aparente licitud o no de tal investigación, es decir, fundamentalmente a la previa averiguación sumaria y confidencial de si hay Convenio entre países que prevean semejante posibilidad, y en caso contrario, que será lo más normal ya que la dirección de la investigación debe ser una autoridad nacional no menos soberana para remediar cualquier peligro a su país, sobre todo si proviene del extranjero, para evitar cualquier posible reproche de espionaje habría que estar en todo caso a los requisitos del Derecho Nacional para la adopción por la autoridad competente –en *España*, por ejemplo, la Audiencia Nacional- de las correspondientes medidas cautelares y de admisión de la prueba anticipada, en su caso, partiendo de la clase o naturaleza del delito que se hubiera cometido o tratado de cometer con ese

⁴¹⁹ **1.** En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. **2.** Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. **3.** Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

ordenador, de su peligrosidad abstracta o concreta, de la importancia de los datos a localizar, del alcance de injerencia sobre otros derechos fundamentales de cualquier extranjero particular, como el de la intimidad o el de la libertad de expresión, así como cuestionarse si no hubiera otro modo para ello y el riesgo y peligro de la destrucción, pérdida, extravío, manipulación, fraude o deterioro de los datos que se pretendieran descubrir para el caso de que no se hiciera tal investigación. Por tanto, la casuística, atendiendo a los diferentes países y sistemas normativos en el mundo, sería muy diversa, pero está claro que en materia de lucha antiterrorista las posibilidades para emprender tal clase de investigaciones son más altas que en otra clase de delitos, sobre todo en países estrechamente ligados en un mismo contorno por su acervo jurídico común y su soberanía compartida a estos efectos, que es el caso de los países de la *Unión Europea*. Téngase presente a este último respecto que la liberalización de las telecomunicaciones supone la eliminación de cualquier traba administrativa para las empresas que actúan en ese ámbito, lo que desde el punto de vista de la seguridad puede no ser una ventaja, sobre todo a partir del 11-S:

Ha habido casos donde con motivo del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE el Tribunal Supremo, así en su Sentencia de la Sección de la Sala Tercera, de 10 de diciembre de 2002, admitió el recurso de *Canal S., S.L.*, declarando nula la normativa por la que se exigía una “certificación administrativa previa de registro” de la actividad empresarial en este ámbito. Pensamos que esa doctrina, nacida en todo caso antes del 11-S, no debiera ser aplicable a casos sensibles propios del ámbito de la Defensa de un Estado miembro, al fin y al cabo todavía en esta materia soberano. Esa doctrina no facilita las cosas. Imaginemos en técnicas punteras de *sistema guiado GPS*⁴²⁰ para la aplicación de armamento, nada más y nada menos, por ejemplo. Hagamos lo mismo para el caso de aviones no tripulados (*drones*), o en el simple empleo del “servicio universal” del *internet* no sólo del soldado como consumidor usuario fuera del trabajo y en el marco incluso transfronterizo de la externalización de la Defensa para lucro de empresas que llevan el servicio: ¿Cuál será la vía de control de la información confidencial con su derecho como usuario?, ¿cuál la seguridad jurídica⁴²¹ e igualdad de esa situación a efectos disciplinarios -en su caso- si al que

⁴²⁰ **ROLDÁN BARBERO, J.** (2002). “*La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo*”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 6, Nº 13, 2002, pp. 677-721. En el punto II del apartado 5 del artículo, bajo el epígrafe titulado “*La dimensión exterior de los principios rectores de la integración europea*” alude a las tensiones internacionales sobre el *Proyecto Galileo* de GPS europeo frente al estadounidense, de similar calado a las de la aprobación del estatuto del Tribunal Penal Internacional por los EE.UU, entre otras.

⁴²¹ Aunque refiriéndose al contexto de la contratación electrónica, **DAVARA RODRIGUEZ, M.Á.** (1993). *Derecho Informático*, Pamplona, Editorial Aranzadi p.194, advertía en ese tipo de documentos un doble tipo de riesgo, el error y el fraude, porque “*Estos mensajes se prestan a ser objeto de una serie de operaciones en corto espacio de tiempo y, en ocasiones, con pocas*

consta en el papel si será posiblemente sancionado, y de otro modo no ... de tal suerte que por internet será más difícil ser sancionado, siendo en definitiva la misma conducta? Y en cuanto al uso del móvil también habrá que adoptar precauciones en el caso evitable del “fuego amigo” por causa de manipulaciones. Así por ejemplo ha ocurrido fuera del ámbito europeo, según se cuenta⁴²², que: “(...) Al comienzo de la guerra, los estadounidenses distribuyeron con gran generosidad unos teléfonos móviles vía satélite a los distintos jefes tribales y comandantes afganos que prometían rebelarse contra los talibanes y proporcionar informaciones útiles para dirigir los ataques aéreos contra los hombres de Osama bin Laden y del mulá Omar. Pero ha sucedido –y aún sucede- que algunos de estos jefes tribales mandan a los bombarderos de Estados Unidos contra sus adversarios políticos o las aldeas de sus contendientes, con la excusa de que esconden a los talibanes, aumentando el número de civiles muertos “por error”. Un comandante con sentido del negocio ha usado su móvil para hacer que los estadounidenses le arrojaran en paracaídas, dos veces seguidas, grandes cantidades de comida sosteniendo que era el responsable de un gran grupo de personas que se estaban muriendo de hambre. No era verdad.”

X.3. El elemento subjetivo de la conducta

Por ello a los efectos del presente trabajo, no obstante, no sea de extrañar que también deba de tenerse en cuenta que el crecimiento de la ciber-criminalidad no sólo pueda deberse a estas lagunas legales sino a simples descuidos como el que, además del caso expuesto, por ejemplo, un militar pudiera cometer *por negligencia* cuando pierde una memoria USB en un ordenador de una dependencia oficial, caso⁴²³ que ya se ha dado en la Universidad de *Estocolmo* con un fallo judicial de culpabilidad porque gracias a él pudieron saber detalles confidenciales sobre bombas sin explotar en *Afganistán*. Pero también podrían darse casos⁴²⁴ *con dolo* donde con motivo de la instrucción y entrenamiento a militares en el uso de herramientas de ciber- ataque les podría servir para realizar acciones delictivas privadas sin el control de los propios ejércitos, al igual que si fuera un mercenario

posibilidades de ser descubiertas”. Y continua diciendo: “Es cierto que hoy en día es más difícil el error debido a la evolución de las comunicaciones y los medios de seguridad que en las mismas se emplean. Pero en todos los casos, aunque difícil, el error es posible. Y respecto al fraude no solamente es posible sino que se está dando cada vez más con más frecuencia con el manejo de documentos y datos por medio de ordenadores. El error y el fraude representan riesgos muy importantes en la identificación del mensaje y de la persona que lo envía”.

⁴²² TIZIANO TERZANI (2002). “*Cartas contra la guerra*”. Edita RBA Libros, julio de 2002 (1ª Edición). Traducción de Juan Carlos Gentile. ISBN: 84-7901-872-0. Pag.125.

⁴²³ Este caso, junto con la alusión de los numerosos supuestos de espionaje, fraude o robo de datos por la apertura de correo electrónico sin tomar las medidas de seguridad mínimas, es expuesto por GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2011), Ob. cit. , p.116.

⁴²⁴ GANUZA ARTILES, N. (2011). *La situación de la ciberseguridad en el ámbito internacional y en el de la OTAN*, en Cuaderno de Estrategia nº 149 (“*Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*”) del Instituto Español de Estudios Estratégicos, MINISDEF, nº 149, p.172.

o, si cabe, hasta un terrorista en ellos infiltrado...lo que lleva a la consecuencia de que para evitarlo se hace necesario formar unidades castrenses específicas de ciberguerra *como una de las obligaciones estatales que tienen todos los ejércitos*, incluíbles en su lucha antiterrorista, y con el fin de adaptar sus funciones a las tecnologías del momento (tal como ya se hizo antes para el caso de armas NBQ o para la guerra electrónica)⁴²⁵. Es más, para la solución de tal clase de problemas como los expuestos hay planteamientos que van hasta la posible militarización de la red como su solución y en cuanto que tal medida, y así lo previene algún teórico⁴²⁶ de la Seguridad, no debe de ser entendida como una “ocupación” de la red por fuerzas militares con el objetivo de controlar los movimientos en ella, sino como “*el derecho de las naciones a disponer de ciber-armamento en defensa de sus legítimos intereses*” porque, como dice, “*nuestros enemigos las poseen y las usan*”, poniendo como ejemplo, entre otros, el espionaje no sólo industrial⁴²⁷ sino militar o político. En suma, el contraespionaje militar se configura como un arma de legítima defensa no ya anticipada sino continua y permanente.

XI. EL MÓVIL ORIGINARIO DEL ESPIONAJE

XI.1. La Monarquía y el comercio

Cabe decir que por su movilidad, disponibilidad de agencias comerciales y por su capacidad de obtener datos de primera mano desde los principales centros económicos e informativos, el grupo de comerciantes y agentes mercantiles fue uno de los principales colectivos externos a la estructura institucional de la Monarquía española en proporcionar informaciones, altamente valoradas en algunos casos. Personas dotadas de gran movilidad a causa de su oficio recorrían sin levantar sospechas los principales países de la época trayendo y llevando noticias utilizadas a veces como información reservada. No es casual que el Imperio de *Carlos V* basase buena parte de su empuje en la superioridad de la técnica y de los adelantos bélicos. Sin embargo, la actividad mercantil, los adelantos en los procedimientos bancarios y comerciales y, especialmente, el valor de la información como elemento fundamental de decisión política, militar y

⁴²⁵ **DÍAZ DEL RÍO DURÁN, J.** (2011) *La ciberseguridad en el ámbito militar* en Cuaderno de Estrategia nº 149 (“*Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*”) del Instituto Español de Estudios Estratégicos, MINISDEF, nº 149, p.224, se ha formado la “Unidad de Reconocimientos Estratégico del *Bundeswehr*”.

⁴²⁶ **GANUZA ARTILES, N.** (2011) “*La situación de la ciberseguridad en...*” *Ob. cit.* p.169 y ss.

⁴²⁷ **DÍAZ DEL RÍO DURÁN, J.** (2011), *Ob. cit.* p.232, cuenta al respecto que algunos países como *China* y *Rusia* han hecho del ciberespionaje una extensión de sus metodologías de espionaje clásicas. A partir de estas técnicas pueden adquirir información confidencial de todo tipo, ya sea proveniente de Estados, sus Ejércitos o información industrial que ofrecerá ventajas competitivas al mejor postor. Un ejemplo es la “*Operación Titan Rain*”, que implicaba el intento de obtención de información gubernamental de EE.UU y *Gran Bretaña* desde *China* y que ocasionó una gran fuga de información.

económica, fueron recursos que alcanzan un reconocimiento y una demanda muy notable: *“también mejoró la información, gracias a la mayor eficacia en los transportes terrestres y en los marítimos y a la acción de consulados y colonias o naciones de comerciantes en las plazas mercantiles de mayor actividad”*⁴²⁸. No en vano, la consideración⁴²⁹ del embajador es la de *“un espía acreditado”*, oficial o consentido, por ser el principal dinamizador del entramado informativo del Estado al que representa. *Por ello antiguamente el embajador residente disponía de un estatus ambiguo y polémico, no siempre recibía garantías e inmunidades de forma generalizada y sobre sus actividades parece pesar siempre un halo de sospecha por las dos funciones que inevitablemente iban asociadas a su cargo: la de agente externo y espía*⁴³⁰.

XI.2. Los Tratados de diplomacia

Los tratados de diplomacia no dudan en desarrollar los contenidos de todo aquello que debía ser prioritario para un agente. Por ejemplo, la necesidad de métodos para ocultar los pliegos y cartas enviados desde un país a otro. Se generaba así una especie de formulario o listado de ámbitos de interés informativo y a los que el informador debía prestar especial atención. Los acontecimientos políticos, pero también los movimientos militares, las entradas y salidas de barcos, etc., solían ser informaciones habitualmente buscadas por los agentes de información. En otras ocasiones, las instrucciones enviadas desde la Corte subrayaban la importancia de un seguimiento personal, con el fin de conocer todo lo posible sobre una determinada persona o magnate extranjero. Este “informarse sobre personas” aparecía con frecuencia solicitado por *Felipe II* cuando se trataba de obtener datos fiables a fin de nombrar un candidato satisfactorio para determinado puesto. Por otra parte, las informaciones obtenidas de forma fiable, contrastadas y finalmente autorizadas constituían el escalón básico en la calidad informativa. No obstante, aun cuando la información fuese veraz, no implicaba haber traspasado la frontera entre información y conocimiento. De hecho, la información se convertía en conocimiento especializado cuando el responsable final de su obtención (en el sistema diplomático, el embajador) procedía a continuación a valorar, procesar y analizar lo obtenido, elaborando un documento posterior que bajo las denominaciones de avisos, relaciones, etc., constituían los

⁴²⁸ NAVARRO BONILLA, D. (2004). Ob. cit. p.90.

⁴²⁹ De esta consideración son conscientes en la actualidad los terroristas. Ello lo prueba que para justificar el atentado en la casa de huéspedes de *Kabul*, colindante a la embajada española finalmente atacada por los talibanes a finales del 2015, con el resultado de dos policías españoles muertos, *Zabihullah Mujahid*, portavoz de aquéllos ante Efe, manifestara que ese edificio era utilizado por americanos y británicos para intercambiar información de inteligencia, por lo que la conexión española de la casa de huéspedes con la embajada española hace que el atentado sea también una cosa suya por haberla convertido en un *“nido de espías”*. Vid. El ABC de martes 15 de diciembre de 2015, Sección España, p.32.

⁴³⁰ RIVERO RODRÍGUEZ, M. (2000). *Diplomacia y Relaciones exteriores en la Edad Moderna (1453-1794)*, Madrid, Alianza, p.32.

informes de inteligencia elaborados por la diplomacia de la época. La tarea de recopilación de información como fase inicial del trabajo de espionaje alcanzaba su madurez con la organización, ordenación y razonamiento de las informaciones que iban a ser enviadas. El cúmulo de datos inconexos téngase en cuenta que no es inteligencia, lo mismo que el conjunto de informaciones no es conocimiento⁴³¹.

XII. LA CASUISTICA MEDIÁTICA DEL ESPIONAJE: TIPOS Y CASOS EMBLEMÁTICOS

XII.1. Espionaje internacional: la ciberguerra y los agentes dobles

XII.1.1. La Ciberguerra: El caso Chino, el de los EE.UU e *Israel*

Decenas de correos *en mandarín* adjuntan archivos maliciosos, enviados por destinatarios “conocidos”, cuya identidad ha sido suplantada al objeto de tratar de engañarla para que abra el archivo e infectarse. Como muchos otros miembros de la disidencia *china*, *Sheng Xue* es víctima cotidiana de ataques cibernéticos que pretenden tomar el control de su ordenador⁴³². *China* se implica en la nueva ciberguerra y ha ampliado el foco de los ataques políticos en la red. Ya no son sólo los disidentes como *Sheng Xue* o la diáspora con el grupo espiritual *Falun Gong*, el budismo tibetano o el movimiento *uigur*. La batalla es ahora global. Todo aquel que suponga una amenaza o sea percibido como enemigo por el régimen comunista es susceptible de ser atacado. Pero la gran preocupación en los principales gobiernos es cuantificar el coste del robo de propiedad intelectual. La fuga de conocimiento puede menoscabar la ventaja competitiva de *Occidente*. Todos los países se espían entre ellos, pero la magnitud de *China* y sus objetivos económicos hacen el país diferente, según concluye *Dave Clemente*, investigador en la materia del *think tank* británico *Chatham House*. El debate está ahora en idear un plan que ponga freno a esta tendencia. *EE.UU* estudia una agresiva legislación que podría incluir los ciberataques en el listado de acciones consideradas como un acto de guerra, quizá con la vista puesta en sus infraestructuras críticas para la seguridad nacional.

Europa, por su parte, ultima una estrategia común a través de la Comisión Europea para protegerse, mientras *Alemania* y *Francia* se plantean legislar el deber de las empresas atacadas a informar a las autoridades. Sin embargo, en el sector pocos dudan de que *Pekín* mantendrá el actual *statu quo* tanto como pueda. Por el momento, *China* está ganando la batalla. Esta problemática revela más que en ningún otro sector la puesta de manifiesto de dos concepciones después del

⁴³¹ NAVARRO BONILLA, D. (2004). Ob. cit. p.123.

⁴³² Vid.El País de 24 de febrero del 2013, Sección Internacional, p.6: “*Avanzadilla China en la ciberguerra* (‘hackers’ asiáticos piratean tecnología y conocimiento a empresas extranjeras)”.

11-S, la anglosajona y la europea, en materia de lucha antiterrorista. En el caso de los EE.UU ya en 1971 tuvo lugar el caso *Daniel Ellsberg*, hombre que filtró los famosos papeles del Pentágono probando que la Administración de *Lyndon B.Jhonson* había mentado al país sobre la marcha de la guerra del *Vietnam*, marco en cuya guerra tuvo lugar uno de los mayores procesos militares, *el caso de My Lai*. Pero más modernamente, aparte del caso del soldado *Bradley Manning*, juzgado también por la jurisdicción castrense (la juez *Denise Lind*) por facilitar ayuda al enemigo en *Iraq* a través de sus revelaciones (entre ellas las fotos de torturas en la prisión de *Abu Grahیب*), los dos más famosos son el caso de *Julian Assange (Wikileaks)*, en el que se argumenta que se puso en peligro la vida de algunas personas que trabajaban en beneficio de la seguridad estadounidense, y de *Edward Snowden (espionaje masivo)*, procesados ya “en rebeldía” por la jurisdicción ordinaria por graves cargos de revelación de secretos de Estado relativos a los programas de espionaje lanzados para detectar tramas terroristas, incluido el diario *The Guardian*. Estos dos últimos y famosos casos han puesto de manifiesto que los EE.UU mantiene un programa masivo de vigilancia de comunicaciones a través de la irrupción en Internet y las redes sociales que ha hecho que *Europa*, por ejemplo, reconozca su indefensión ante ese espionaje masivo y demostrando que un marco legal para la protección de datos, en palabras de sus altos mandatarios, no sea un lujo sino “un derecho fundamental”.

El caso *Snowden de Junio del 2013*, en cuanto analista de la contratista militar *Booz Allen Hamilton*, a la vez que su “garganta profunda”, también ha puesto de manifiesto la existencia de que “la orden de ese espionaje masivo”, justificada por la lucha contra el terrorismo, procede de una orden⁴³³ clasificada *top secret* hasta 2038, que indica la existencia de un tribunal “secreto”, conocido como FISA (*Foreign Intelligence Surveillance Act*), creado desde 1978 para disponer de cierto control judicial sobre los servicios secretos y que, en la práctica, son actuaciones que requieren una autorización rápida que casi siempre se otorga, significándose al respecto que una Sentencia del TS de los EE.UU publicada el 23 de febrero de 2013 da cobertura a tal hecho al impedir cualquier supervisión de pinchazos tecnológicos, al igual que otra de 3 de Junio de 2013 ha fallado a favor de que la policía pueda tomar muestras de ADN de personas detenidas por delitos graves sin necesidad de autorización judicial por ser compatible con *la Cuarta enmienda*. *Snowden* sería la séptima persona que la Administración *Obama* procesa por pasar información a la prensa, un récord desde que se aprobó *la Ley de Espionaje de 1917* (producto de la I guerra mundial). La Administración *Obama* dice que cumplió todos los requisitos para registrar las llamadas de millones de

⁴³³ Vid. El Mundo de 7 de junio de 2013, Mundo, p.28.: “*La Casa Blanca justifica el espionaje*”, El Mundo de 8 de junio de 2013. Mundo, ps.28 y 29: “*Pueden leerte mientras estás tecleando*” y El País de 4 de junio del 2013, Internacional, p.10.: “*EEUU tomará muestras de ADN sin orden judicial*”.

estadounidenses o su actividad en internet. La Casa Blanca insiste en que esas órdenes de vigilancia se hicieron con una autorización de un juez y del Congreso, que ha renovado tres veces la ley Patriótica de *Bush* (2001), la última de las cuales es la renovación que permite vigilar a los ciudadanos en 2011. Es una herramienta para evitar nuevas masacres terroristas, motivo por el cual el escándalo no ha hecho mella en la popularidad de *Obama* y pese a que en *Europa* ello se ve como un abuso intolerable en una democracia, debate que es antiguo: Hace setenta años, en los años 30, *Edgar Hoover*, el jefe de la *Federal Bureau of Investigation* (*FBI*), logró convencer al Presidente *Roosevelt* de que le firmara una orden que permitía escuchar las conversaciones telefónicas con la excusa de desarticular una conspiración comunista. Aquello fue el pretexto para llevar a cabo una verdadera “caza de brujas”, que luego desembocó en el *macartismo*. Décadas más tarde el Tribunal Supremo falló que esa práctica era *inconstitucional*, pero las sucesivas Administraciones siempre han buscado resquicios legales para seguir espionando a los ciudadanos. Ahora es más fácil con las nuevas tecnologías. No sabemos si vivimos sin ser espionados ni si los gobiernos respetan la intimidad de los ciudadanos.

Por otra parte, *respecto a la guerra de Siria*, según fuentes⁴³⁴ abiertas EE.UU ha empezado a recopilar datos sobre los islamistas que combaten en la guerra de Siria. Teme que, de caer el Gobierno de *Asad*, grupos *yihadistas* como el *Frente Al Nusra* se aprovechen de la confusión imperante y se hagan con el control del país. De momento *Obama* no ha autorizado el empleo de *drones* en *Siria* para atacar a los objetivos *yihadistas*. La *Central Intelligent American* (*CIA*) ha formado una unidad con el objetivo de monitorizar a los combatientes de la terrorista *Al Qaeda* en *Irak*, desde donde saltan al escenario sirio a través de su porosa frontera. Esta labor de recopilación de datos se realiza principalmente desde la sede de la *CIA* en *Langley* (*Virginia*). Los agentes trabajan “mano a mano” con los servicios de espionaje de *Arabia Saudí* y *Jordania*, entre otros, que mantienen una tupida red de informadores sobre el terreno. La metodología empleada normalmente para realizar la tarea de crear un “paquete” pasa por ensamblar un sinfín de informaciones llegadas de todo tipo de fuentes. Los datos servirán a *Obama* para decidir si un objetivo debe ser sometido a una vigilancia más intensa, a arresto o a cualquier otro tipo de sanción. El uso de los *drones* parece lejana en tanto que no hay evidencias de que los militares que operan en *Siria* supongan un peligro para la seguridad de los EE.UU. y bombardear abre la puerta a muchas más cosas.

⁴³⁴ La Gaceta, Sección Internacional, de 17 de marzo del 2013, p.20.: “*La CIA vigila a los islamistas que combaten en Siria*”.

En cuanto a *Israel*, fue famoso el enigmático *Caso Mosad*⁴³⁵. La versión oficial de su muerte el 15 de diciembre de 2010 indica que el joven de 34 años *Ben Zyguyer* se suicidó en una cárcel de máxima seguridad israelí donde se encontraba aislado por graves delitos contra la seguridad nacional, pero un abogado (*Avigdor Felman*) que le visitó un día antes de su muerte lo pone en duda. Tras servir en el ejército israelí ejerció de abogado y espía del *Mosad* durante 10 años. A principios de 2010, los servicios secretos australianos le interrogaron al sospechar que usaba el pasaporte de este país bajo el nombre de *Allen* para entrar en *Irán*, *Siria* y *el Líbano* y espiar para *el mosad*. Junto a otros tres australianos dirigía una empresa italiana que vendía equipamiento electrónico a Irán. Lo que parecía una clásica historia de espionaje tomó un giro inesperado cuando la inteligencia israelí sospechó de sus contactos con estudiantes saudíes e iraníes en *Melbourne* y su intención de vender material confidencial. *Brisbane Times* informó el 14 de febrero de 2013 que fue arrestado en *Israel* días antes de proporcionar información sobre el uso de pasaportes extranjeros que hace *el Mosad*. Según el diario *kuwaití Al Jarida*, formó parte de la operación en *Dubai* contra el cabecilla del grupo integrista *Hamás*, *Mahmud Mabhuh*. El asesinato, en enero de 2010, fue posible gracias al empleo de pasaportes europeos (entre ellos australianos). Las incógnitas se multiplican: ¿cómo consiguió suicidarse en una celda con cámaras?

XII.1.2. Casos emblemáticos de agentes dobles: El caso Ames-Hanssen y el Caso Roberto Flórez

Los ex agentes estadounidenses *Aldrich Ames*, de la *CIA*, y *Robert Hanssen*, del *FBI*, que fueron condenados a cadena perpetua en 1994 y 2002, respectivamente, por revelar información a *Rusia*, conformaron *el caso Ames-Hanssen*. El primero trabajó durante treinta años en la *CIA* y fue acusado de haber espiado para el antiguo servicio de información soviético (*Comité para la Seguridad del Estado*, *KGB*), y luego para el de *Rusia* (*Servicio Federal de Seguridad de la Federación Rusa*, *FSB*), desde 1985. En el caso del segundo fue acusado de trabajar durante veinte años para el *KGB* soviético y para su sucesor ruso (*FSB*), actuaba con el seudónimo de "*Ramón*". En *España* fue famoso y único el caso *Roberto Flórez*, al que se le imputó de haber vendido información entre diciembre de 2001 y febrero de 2004. El agente, imputado por traición en *Santa Cruz de Tenerife*, reveló decenas de identidades, entre ellas, la de los siete agentes españoles asesinados en *Irak*. Fuentes de la investigación del propio *CNI* apuntan a que espiaba para *Rusia*.

⁴³⁵ Vid. *El Mundo* de 15 de febrero del 2013, Sección Mundo, p.27.: "¿Quién mató al prisionero X?".

XII.2.El Espionaje de Seguridad y la Defensa Nacional: *El Caso Manglano y el Caso Perote*

El antiguo Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), hoy CNI (desde 2002), en cuanto cuerpo que conglobera los agentes de inteligencia en *España*, es por su naturaleza uno de los organismos que más riesgos corren de cruzar el límite de la legalidad. Es notorio que hace años la sociedad española se vio sacudida por el escándalo de que un responsable del entonces CESID reveló unas grabaciones realizadas a personas relevantes u otras objeto de investigación. Este caso de las escuchas fue el más sonado y tuvo lugar entre 1983 y 1991, bajo el Gobierno socialista de *Felipe González*. Estuvieron implicados en esas grabaciones *Emilio Alonso Manglano* y *Juan Alberto Perote*, a quienes el TC les estimó los recursos de amparo contra la STS que confirmó la de la Audiencia provincial de *Madrid* condenándolos. Los abogados de los siete acusados alegaron entre otros aspectos la “contaminación” del tribunal que les condenó en la Audiencia ya que había resuelto antes del juicio la anulación del archivo de la causa dictada por el juez de instrucción que tramitó las diligencias previas. Además consideraron que se había cometido infracción de ley, vulneración de derechos, entre ellos la presunción de inocencia y violación de tutela judicial efectiva. Sin embargo, el mayor escándalo fue el protagonizado por el Coronel *José Alberto Perote*. Reveló secretos de Estado al ser destituido de su cargo en 1991, como responsable de la Agrupación operativa de Misiones Especiales (AOME) del CESID. Se llevó 1245 microfichas con secretos relativos a la seguridad y defensa nacionales. Algunas notas acabaron en poder del empresario *Mario Conde* y aparecieron publicadas en medios de comunicación. A *Perote* se le sentenció a siete años de cárcel por apropiación de documentos del servicio de inteligencia cuando dejó el CESID en 1991. Entre estos escritos estaban los referidos a la guerra sucia contra ETA. Se destapó el caso GAL. También se le involucró en el caso de las escuchas ilegales a destacadas personalidades, caso que costó el cargo a *Alonso Manglano* como jefe de los servicios secretos y al vicepresidente del Gobierno *Narcís Serra*. De hecho, *España* fue condenada por el TEDH el 4 de noviembre de 2004 porque violó el art.6.1 del Convenio de *Roma* sobre el derecho a un juicio equitativo consistente en que la causa fuese oída por un tribunal independiente e imparcial, demanda que ganó *Perote* basándose en que el Presidente y el ponente de la Sala del Tribunal Militar Central que lo condenó en 1997 integraban también el equipo de magistrados que confirmaron su inculpación, decidieron prorrogar su detención y rechazaron su recurso de súplica contra esa decisión. Con el fin de alejarse de aquella etapa de escándalos y traiciones, actualmente el CNI hace gala del control judicial al que se encuentra sometido. En 2002 se estableció la obligatoriedad de que todo agente que necesite violar un domicilio o pinchar comunicaciones requerirá una autorización del juez. Aún así, algunos miembros del CNI han protagonizado varios titulares, como el supuesto seguimiento realizado al

presidente de Endesa, *Manuel Pizarro*, en su propio domicilio, por dos agentes que fueron sorprendidos por los escoltas del empresario.

XII.3. El Espionaje empresarial: el Caso Antonio Asunción

Según fuentes jurídicas próximas al ex ministro socialista del interior entre 1993 y 1994, en los primeros meses del año 2011 *Deloitte* practicó un “forensic” en el correo electrónico de la piscifactoría que tenía *Asunción* a petición de la filial del banco, su socio en la empresa⁴³⁶. El político aseguró haberse enterado de la operación por un correo electrónico cruzado entre la consultora y la empresa que llegó hasta sus manos. Este tipo de rastreos informáticos son legales a los empleados de las compañías en determinados casos y previa autorización del consejo y permiso judicial. Varias consultoras han sido contratadas en los últimos años para hacer *forensic* en casos como el de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) y el propio Banco de *Valencia* tras la intervención por parte del Frob. Sin embargo, *Asunción* consideraba que se había producido una intromisión en su intimidad (amparada en el art.197 del CP, con penas de hasta siete años de prisión) *porque él no era empleado, sino socio* de la empresa y porque, a su entender, quien ordenó el registro era otro socio de la empresa, *Inversiones Capital Riesgo SCR*, que estaba representada por el imputado *Aznar Altaba*. Además, *Asunción* temía que pudieran haber sido alterados varios de sus documentos.

XII.4. El Espionaje financiero: el Caso Falciani

*Falciani*⁴³⁷ sustrajo entre 2006 y 2008 los documentos a su empleador, la filial suiza del “*The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation*” (HSBC), específicamente la división de banca privada, la de los millonarios, y robó decenas de miles de datos de clientes de 180 países, entre ellos *España*. La acción fue realizada desde su escritorio en *Ginebra*, cuando los tuvo en su poder envió un correo a las oficinas de Hacienda de *Francia, Alemania y Reino Unido*. Suiza dio orden de captura internacional y lo atraparon por primera vez en *Niza*. Luego la policía gala se hizo con su ordenador en 2009 y al comprobar el fiscal lo que habían encontrado informó a la ministra de finanzas de *Francia*. Ante la cantidad de defraudadores envió una copia de la lista *Falciani* a sus homólogos europeos. En esa lista hay al menos 3000 españoles. *Falciani* decidió colaborar con *Francia* y quedó en libertad hasta que en 2012, en el puerto de *Barcelona*, la Policía lo detuvo en un control rutinario y terminó en la prisión de *Valdemoro*. En *España* *Falciani* estuvo arrojando luz, entre otros delitos, sobre los de financiación de

⁴³⁶ Vid.El Mundo de 03 de febrero de 2013, Sección España, p.17.: “*Tres imputados por espiar “mails” de Antonio Asunción*”.

⁴³⁷ Vid.El Mundo del 28 de febrero de 2013, Sección España, p.8.: “*El Fiscal rechazar extraditar a Suiza a Hervé Falciani*”. El País de 16 de abril de 2013, Sección España, p.16.: “*La Fiscalía respalda a Falciani como adalid antifraude*”. La Gaceta de 22 de abril de 2013, p.16.: “*El Supremo se ceba con el HSBC*”. El País de 09 de mayo del 2013, España, p.15.: “*La Audiencia Nacional deniega la extradición de Falciani a Suiza*”.

terrorismo, motivo por el que la Fiscalía tiene en cuenta que si tal suministro de datos lo hace también a otras autoridades de otros países europeos (independientemente de que su intención inicial fuera comerciar con ellos) ello le obliga a considerar que en el caso *Falciani* no concurre el requisito de doble incriminación que recogen las normas de extradición. El secreto bancario fue abolido en *España* en 1977. El relato de hechos contenido en la solicitud de entrega tal vez sea delictivo en Suiza, pero no lo es en *España*. Como en el resto de extradiciones, la Sección 2ª de lo Penal resolverá el asunto tras la celebración de una vista pública en la que las dos partes personadas (defensa y Fiscalía) coincidirán en rechazar la extradición. El criterio del Ministerio Público y el letrado de *Falciani* no vinculan al Tribunal, que podría estimar que la solicitud debe ser atendida y *Falciani*, entregado. Sería entonces cuando el Gobierno haría uso del art.6 de la Ley de Extradición Pasiva⁴³⁸. Las autoridades suizas ven en el caso *Falciani* una grave amenaza para la credibilidad de su secreto bancario. Fuentes de la Audiencia interpretan que la intención del ministerio Público es dañar lo menos posible las relaciones con las autoridades helvéticas, de las que depende el resultado de múltiples comisiones rogatorias.

El caso Bárcenas es el ejemplo más claro de la repercusión que puede tener la decisión de Suiza de atender o no una petición de colaboración. El TS confirmó la sanción de 2,1 millones de euros que el Mº de Economía impuso al banco suizo HSBC por infringir varias medidas de prevención del blanqueo de capitales, entre ellas las de no identificar a los clientes que contrataron desde *España* 138 cuentas con su filial *suiza*. Según los magistrados, entre 1994 y 2000, la filial suiza abrió y operó 138 cuentas de la española, la cual, aunque era “plenamente concedora” de que detrás de las mismas “existían unos clientes reales”, no hizo “ningún intento por su parte” por desvelar sus nombres, incumpliendo así la normativa. La Audiencia Nacional denegó la extradición de *Falciani* a *Suiza* al no darse el principio de doble incriminación, esto es, que los delitos de los que se acusa a *Falciani* en *Suiza* (espionaje financiero, violación de secreto bancario, violación de secreto comercial y apropiación de datos relativos a clientes) no están tipificados como tales en la legislación española. La Sección Segunda de lo Penal considera, además, que los datos facilitados por *Falciani* a las autoridades no suizas se refieren a actividades sospechosas de ilegalidad e incluso constitutivas de infracciones penales, que de ninguna manera son susceptibles de legítima protección.

⁴³⁸ “La resolución del tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la Soberanía Nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España”.

XII.5. El Espionaje político: el Caso Método 3

En enero de 2010 se reveló la existencia en el seno de *la Comunidad de Madrid* de un equipo de espionaje parapolicial, financiado con fondos públicos, que vigilaba a políticos del PP, episodio que estaba centrado en la lucha interna protagonizada entre *Esperanza Aguirre* y *Alberto Ruiz Gallardón*. La Fiscalía inició una investigación donde a raíz de las declaraciones de un periodista de *El País* con motivo de las pesquisas informativas que iniciaron aquella se supo que *Ignacio González* fue seguido y espiado durante ocho meses. Las agencias de detectives, las más potentes, entre ellas *Método 3*, por cuanto que es la mayor agencia de detectives española y la única con tecnología para detectar y hacer barridos electrónicos de micrófonos, han tratado de captar siempre entre sus clientes a los principales partidos políticos para ofrecerles sus servicios en barridos electrónicos. Y son muchos los que han contratado con estas agencias y siguen haciéndolo. Todo dentro del ámbito de la normalidad y la legalidad. Lo curioso de la oferta del *Método 3*⁴³⁹ al *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE) es que utilizara al *Partido Socialista de Cataluña* (PSC) como bandera para situarse en posición de privilegio. Que los detectives privados realicen barridos para los partidos en sus dependencias más sensibles está dentro del marco legal. Pero es que el caso de los espionajes se destapa porque se graba una conversación privada entre la dirigente del PP en Cataluña, *Alicia Sánchez Camacho*, y la ex compañera de *Jordi Pujol Ferrusola*, *Victoria Álvarez*. Y todo parece indicar que detrás de la grabación está *Método 3*; y que detrás del encargo de esta grabación está el PSC. Y esa grabación sí que sería ilegal si se demostrase que ninguna de las dos personas que fueron grabadas han dado el visto bueno para que se registrara la conversación que ambas mantuvieron durante su almuerzo en *Barcelona*. Este caso ha influido en el anteproyecto de Ley de Seguridad privada aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de abril de 2013 en el sentido de que las empresas de detectives privados tendrán prohibida la utilización de servicios materiales o técnicos “*que atenten contra el derecho a la intimidad, la imagen o el secreto de las comunicaciones*”, así como que los informes sobre los resultados de sus investigaciones estarán “*en todo momento*” disponibles para jueces y fuerzas de seguridad, de forma que las nuevas obligaciones que se les imponen a esas agencias consisten en documentar los encargos en un contrato por escrito, llevar un libro registro y la elaboración de un informe permanentemente actualizado, en el que conste el cliente, el encargo, los medios utilizados y los resultados obtenidos, informes que se archivarán durante cinco años y las imágenes se destruirán un año después de su finalización salvo que estén inmersas en una

⁴³⁹ Vid. El Mundo de 28 de febrero del 2013, Sección España, p.9.: “*Puede pedir referencias nuestras al PSC* (la agencia de detectives intentó captar al PSOE con un socio como tarjeta de visita”. El Mundo de 13 de abril del 2013, Sección España, p.14.: “*Los detectives estarán bajo control de jueces y Policía*”. El Mundo de 3 de febrero del 2014, España, p.11.: “*El presidente de los enfermeros espió a críticos y periodistas*”. El Mundo de 3 de febrero del 2014, España, p.11.: “*El presidente de los enfermeros espió a críticos y periodistas*”.

investigación judicial. La ley obliga a las empresas a presentar una memoria anual de actividades al Mº del Interior. Asimismo, otro caso lo ha protagonizado el *presidente de los enfermeros, que espía a críticos y periodistas*, contratando a *Método 3* en 2008 y 2011 con cargo a las arcas del Colegio Oficial, para investigar a periodistas y a opositores internos a su labor, apareciendo ligado a *Francisco Correa* en las investigaciones policiales sobre el *Caso Gürtel* (por sus relaciones con el testaferro de *Correa* en muchas de las empresas del cabecilla de la citada trama).

XII.6. El Espionaje diplomático: el caso *Corinna Zu Sayn-Wittgenstein*

Esta amiga personal del Rey *Juan Carlos* aseguró que ha realizado trabajos secretos y clasificados para el Gobierno y, por tanto, inconfesables⁴⁴⁰. Por eso, Izquierda Unida pidió explicaciones al Ejecutivo y el 19 de marzo de 2013 acudió al Congreso el responsable del CNI, *Félix Sanz Roldán*, para contar todo lo que sabía sobre los trabajos “dedicados” que asegura haber hecho la princesa *Corinna* por encargo de los Gobiernos de *España*. El insólito motivo para la comparecencia del responsable de los servicios secretos se completó con su explicación sobre la trama de supuesto espionaje político en *Cataluña* a petición de *Convergencia y Unión* (CiU). Lo hizo dentro de la comisión de gastos reservados, es decir, a puerta cerrada y en teórico secreto. Según la agenda marcada por el Gobierno, su versión fue la de negar relaciones comerciales o económicas con la “relaciones públicas” *alemana*.

XII.7. El Espionaje financiero: Caso *Nóos*

Un *hacker* y antiguo colaborador del CNI se coló como episódico protagonista secundario en el caso *Nóos*⁴⁴¹. El ingeniero argentino *Matías Bevilacqua*, socio y director de la empresa *CFLabs* de Barcelona, estaba en posesión de material sensible que formaba parte de la causa en la que está imputado *Urdangarín*. El argentino fue detenido en mayo del 2012 en el marco de la *operación Pitiusa*, en la que se desmanteló una red dedicada a la venta de datos personales protegidos. En noviembre la policía descubrió un *pen drive* con decenas de miles de correos electrónicos del caso *Nóos*. Sin embargo, el experto informático no pirateó esos correos, sino que fue contratado por el letrado de *Urdangarín* para que colaborase con él en la ordenación del material del sumario. Alertados por los investigadores de la *operación Pitiusa*, el juez del caso y el fiscal anticorrupción abrieron a principios del 2013 una línea de investigación separada en una pieza secreta. El *hacker* justificó la posesión del *pen drive* asegurando que había trabajado para

⁴⁴⁰ El País de 06 de marzo del 2013, Sección España, p.20.: “*El CNI informará en el Congreso sobre Corinna Zu Sayn-Wittgenstein*”.

⁴⁴¹ El País de 06 de marzo del 2013, Sección España, p.21.: “*Urdangarín contrató a un ‘hacker’ que trabajó para el servicio secreto*”. El País de 16 de abril del 2013, Sección España. p.14.: “*El CNI tendrá espías en nómina de empresas españolas y extranjeras (miembros del servicio secreto en activo podrán cobrar de compañías privadas)*”.

Urdangarín. Del registro de las cuentas del argentino se deduce que también trabajó para el CNI. En ocasiones percibía sus emolumentos en dinero negro, procedente de los fondos reservados. En la caja fuerte de su despacho se encontraron 140.000 euros, que el experto informático atribuyó a pagos del servicio secreto. El encargo se produjo antes de que el socio del yerno del Rey, *Diego Torres*, empezara a facilitar al juzgado, con cuentagotas, hasta cuatro remesas de correos electrónicos que trataban de implicar a la Casa del rey en gestiones para favorecer los negocios de *Urdangarín*. Según fuentes de la investigación el argentino no penetró en el servidor de *Nóos* ni en la correspondencia de *Urdangarín*, aunque no se explica por qué guardaba una copia del *pen drive*.

Por su parte, el Ministro de Defensa salió al paso de esta información manifestando que “*ese señor, refiriéndose al argentino, no es ni ha sido nunca agente del CNI*”, pero reconoció que tenía una empresa que contrató con el CNI temas de *software* y conocimientos de informática y según la ley de Contratos del Estado, contrato que finalizó en 2008 y, por tanto, desde entonces no está para nada vinculado con el CNI. El centro estaba interesado en aprender sus técnicas porque el argentino era un experto en criptología y recuperación de datos de discos duros “de un nivel muy alto”. Este caso pudiera también haber afectado a una de las principales novedades del estatuto⁴⁴² del personal del CNI publicado el sábado 13 de abril del 2013 con el fin de homologarse con otros servicios secretos occidentales y alegando, por ejemplo, que empresas del sector de hidrocarburos que operan en zonas de conflicto quieran fichar a expertos del CNI para diseñar su plan de seguridad.

XII.8. El Contraespionaje militar de infiltración

Los soldados españoles en Afganistán tienen previsto aplicar técnicas de psicología forense para detectar a talibanes infiltrados en sus cuarteles, toda vez que los infiltrados talibanes en el ejército afgano es posiblemente el principal

⁴⁴² Con 110 arts. El estatuto del personal del CNI –que sustituye al de 1995, reformado en 2004– regula exhaustivamente la carrera profesional de los 3.500 espías españoles. Prevé, por ejemplo, que los agentes que quieran dejar de serlo deban cumplir un tiempo mínimo de permanencia o, en su caso, indemnizar al CNI por el coste de su formación, como los pilotos del EA. El CNI impulsará acuerdos con Universidades para realizar actividades conjuntas y buscará las convalidaciones de los cursos técnicos que reciben sus agentes con los títulos de FP. El servicio secreto dará asistencia letrada y responderá civilmente de las acciones y omisiones de sus agentes que les sean legítimamente ordenadas, ya que estos no estarán obligados a cumplir las instrucciones que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución y las leyes”. Los ex agentes deberán guardar secreto de por vida y, durante dos años, no podrán realizar actividades relacionadas con asuntos que hubieran conocido como miembros del CNI. El código disciplinario castiga la pertenencia a partidos o sindicatos, pero ya no prohíbe, como hasta ahora, formar parte de asociaciones “que impongan un sometimiento disciplinario o cualquier imperativo de conducta que interfiera en su deber de disciplina y reserva”. En teoría, se podrá ser espía y, a la vez, pertenecer a una secta.

problema de seguridad que tienen que afrontar⁴⁴³. La decisión se tomó en una reciente reunión celebrada en *Alemania* del grupo especial que la OTAN ha creado para luchar específicamente contra estas amenazas. *La formación que recibirán los militares destinados está orientada a poder reconocer a un posible infiltrado a través de gestos, miradas extrañas o comportamientos fuera de lo normal.* Básicamente, aplicando las leyes de la psicología forense a sus observaciones sobre los militares y policías afganos con los que trabajan a diario. Expresiones faciales que duran demasiado, apretar los labios, sonrisas largas sin arquear cejas, tragar saliva con demasiada frecuencia, movimientos muy rápidos de ojos, mayor transpiración por mayores niveles de adrenalina, cambios de postura constante... son algunos de los indicadores que pueden delatar a un infiltrado. Se trata de reacciones físicas a la ansiedad producida por una conducta o intención homicida. Por sí solas no indican nada, pero cuando se repiten varias y son perceptibles para más de una persona deben ser motivo de sospecha e investigación. *La ISAF ha determinado que la amenaza de los infiltrados es el principal riesgo estratégico de la misión, ya que los infiltrados ponen en peligro la vida de los militares aliados y sus ataques hacen que recelen de sus compañeros afganos.*

XII.9. El Contraespionaje yihadista en España (Caso Nureddim Ziani)

El CNI señala en su denuncia que *Nureddim Ziani*, presidente de la Unión de Centros Culturales e Islámicos de *Cataluña*, es un espía que contactó con los principales líderes *salafistas* e impulsó la financiación de sus proyectos como la construcción de mezquitas, actividades que en última instancia favorecen las tesis radicales en nuestro país, advierte el CNI, para quien *Ziani* también fomenta el soberanismo entre los inmigrantes⁴⁴⁴.

XII.10. El Espionaje médico y forense

Nos podemos referir aquí al caso del delator de *Ben Laden*⁴⁴⁵ La historia del Doctor *Afridi* no es diferente a la de los códigos encriptados de los indios navajos que permitieron tirar por tierra las comunicaciones cifradas de los japoneses

⁴⁴³ En la página web de El confidencial digital de 05 de febrero del 2013, según pudimos comprobar ese mismo día a las 12:05 horas, salía la noticia titulada consistente en que *“los soldados españoles en Afganistán aplicarán técnicas de psicología forense para detectar a talibanes infiltrados en sus cuarteles”*.

⁴⁴⁴ El País de 12 de mayo del 2013, España, p.20.: *“El CNI expulsa al marroquí encargado por CiU de predicar el soberanismo”*. El País de 15 de mayo del 2013, España, p.24.: *“Ziani: No soy un salafista radical”*. El País de 19 de mayo del 2013, España, p.20.: *“El agente 007 de Marruecos”*. El Mundo de 19 de mayo del 2013, España, p.14.: *“Ziani intentaba tejer en toda España una red salafista”*.

⁴⁴⁵ Información extraída fundamentalmente del reportaje del periódico El Mundo (Crónica nº 853), de domingo de 19 de febrero del 2012, firmado por *Diego Ibarra* en *Islamabad*, con el título *« El « verdugo » de Ben Laden, con un pie en la horca »*. Vid Anexo I.

durante la II Guerra mundial. Solo la historia lo podrá juzgar. *Pakistán* lo juzgó en Mayo de 2012 por delito de traición condenándolo a 33 años de prisión.

XIII. LAS OPERACIONES MILITARES FUERA DE ÁREA: SU LEGALIDAD

Además de los *ejemplos* expuestos por **ALCAIDE FERNÁNDEZ**⁴⁴⁶ el más claro para **LLOBET ANGLÍ**⁴⁴⁷ fue la guerra de *Afganistán* tras el 11-S. Sin dejar de apreciar que el móvil de los EE.UU en ese caso fue la venganza y, por tanto, según ella y otros⁴⁴⁸ penalistas una invasión “ilegal”, se pregunta si además de un delito los atentados del 11-S *fueron un ataque armado que justificase el derecho a la legítima defensa*, sabiéndose en todo caso que lo único cierto es que las Resoluciones 1368⁴⁴⁹ y 1373⁴⁵⁰ del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sí autorizaron la respuesta armada a los atentados. A esos ejemplos habrá que sumar la problemática generada a raíz de la captura y muerte de *Ben Laden* a finales de abril del 2011 y de la que alguna⁴⁵¹ de los internacionalistas ya se han ocupado. Nosotros también (*noticias jurídicas.com*, artículo de Derecho Militar de junio 2011), con ocasión de la muerte de *Bin Laden* y a propósito de una reflexión sobre las operaciones internacionales de rescate y la soberanía: conflictos, dictámenes, casos y normativa.

Últimamente, también con motivo de “la piratería” y no sólo por razón de “*la guerra contra el terrorismo*”, ocurren sucesos en el mundo que hacen oportuno debatir en Derecho el posible conflicto con que un Estado pueda no sólo defender en Otro a sus ciudadanos, esto es, en el extranjero, incluso con el uso de la Fuerza.

⁴⁴⁶ **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). “*Las actividades terroristas...*” *Ob. cit.* p. 297. Expone como tales los siguientes: las incursiones de *Israel* contra algunos Estados árabes, en particular *Líbano*; los bombardeos de los EEUU a *Libia* el 14 de abril de 1986, a *Bagdad* el 26 de junio de 1993, a *Afganistán* y *Sudán* el 20 de agosto de 1998, los ataques llevados a cabo por la República de *Sudáfrica* contra *Angola*, *Botswana*, *Lesotho*, *Zimbabwé* y *Zambia*.

⁴⁴⁷ **LLOBET ANGLÍ, M.** (2010). “*Derecho Penal del terrorismo. (...)*” *Ob. cit.* p.155.

⁴⁴⁸ **GARZÓN, B.** (2001). “*La respuesta*”, *Ob. cit.* (www.elpais.es). **PÉREZ CEPEDA, A I.** (2007): “*El paradigma de la Seguridad en la globalización: ...*” *Ob. cit.* p.111, y **PRITTWITZ, C.** (2004): “*¿Guerra en tiempos de paz? ...*” *Ob. cit.* p.176.

⁴⁴⁹ *Vid.* Anexo I.

⁴⁵⁰ *Vid.* Anexo I.

⁴⁵¹ *Vid.* **MANGAS MARTÍN, A.** (2011): “*Muerte de Bin Laden y Derecho de la Guerra*”. Artículo de *El Mundo* de martes de 10 de mayo del 2011 Sección Tribuna (Otras voces).p.23, y donde antes de poner en evidencia dos posturas, la oficial norteamericana (que sostiene que la lucha contra el terrorismo se trata de un “*conflicto armado internacional*”) y la de la Cruz Roja (que sostiene que es un “*conflicto armado interno aunque internacionalizado*”, y que a juicio de la citada autora es la calificación correcta, pese a que previamente también reconoce que la posición norteamericana es coherente en aras a calificar sus acciones de guerra y, por tanto, a las que le son aplicables el Derecho de los conflictos armados) manifiesta que tal suceso “(...) *Se trata de una lección bien distinta de moralidad y respeto al Derecho a la que dieron Estados Unidos y los aliados en 1945 cuando capturaron a la gran mayoría de los dirigentes nazis, causantes de la muerte, no de unos miles de personas, sino de varios millones de seres humanos, y los sometieron a un juicio modélico con todas las garantías aplicándoles penas de muerte, cadenas perpetuas y otras condenas(...)*”. *Vid.* nuestro comentario en Anexo I.

Hay Operaciones de este tipo, así “Jerónimo” (la última más famosa), que desde el punto de vista del jurista abren otra vez, sobre este tema, la caja de pandora que podría poner en peligro la Seguridad Jurídica y la Igualdad *inter pares* de las Naciones: *¿cuándo pueden ser legales tal clase de Operaciones?*

XIV. “LA OPERACIÓN JERÓNIMO”

XIV.1. Postura manifestada por *D^a Araceli Mangas Martín*

Ha sido **MANGAS MARTÍN**⁴⁵² la primera autora *ius-internacionalista* española que, nada más ocurrir la Operación Jerónimo, *públicamente* ha dado al respecto “el primer y sonado pistoletazo de salida” que abre el debate acerca de su licitud o no. Antes de poner en evidencia dos posturas para el caso de *Afganistán*, la oficial norteamericana que sostiene que “la lucha contra el terrorismo” se trata de un “*conflicto armado internacional*”, y la de la Cruz Roja que sostiene que es un “*conflicto armado interno aunque internacionalizado*”, y que a juicio de la citada autora es la calificación correcta (pese a que previamente también reconoce que la posición norteamericana es coherente en aras a calificar sus acciones de guerra y, por tanto, a las que le son aplicables el Derecho de los conflictos armados), manifiesta refiriéndose a la captura de *Ben Laden* que tal suceso “(...) *Se trata de una lección bien distinta de moralidad y respeto al Derecho a la que dieron Estados Unidos y los aliados en 1945 cuando capturaron a la gran mayoría de los dirigentes nazis, causantes de la muerte, no de unos miles de personas, sino de varios millones de seres humanos, y los sometieron a un juicio modélico con todas las garantías aplicándoles penas de muerte, cadenas perpetuas y otras condenas(...)*”. Por tanto, según ella EE.UU no se ajustó a la normativa de prisioneros de guerra cuando trató de capturarlo.

XIV.2. Una aproximación crítica

Compartimos tal opinión *con reservas*, es decir, de tal suerte que a veces las “comparaciones son odiosas”, nunca mejor dicho: 1. Los Tribunales Ad Hoc de *Nüremberg* no fueron tan “modélicos” para el Derecho por razones bien conocidas que atañen al principio de legalidad; 2. Las capturas históricas que pone como ejemplo fueron mayoritariamente el fruto de una rendición bélica y no de una peligrosa Operación antiterrorista (frente a alguien que no está rendido) y enmarcada en el contexto de una guerra “declarada” contra el terrorismo por EE.UU; 3. Que en todo caso existe como precedente quizá más inmediato de una Operación (ya sí) de similar clase, que es la del 1º de Marzo de 2008 por el Gobierno colombiano de *Uribe* cuando a raíz de cinco bombas de alta tecnología y teledirigidas cayeron en uno de los campamentos de la guerrilla colombiana en

⁴⁵² Periódico “*El Mundo*” de martes de 10 de mayo del 2011 artículo de **MANGAS MARTÍN, A.:** “*Muerte de Bin Laden y Derecho de la Guerra*”. Sección Tribuna (Otras voces).p.23. Vid Anexo I.

la selva. Por ella murieron 22 personas, entre las que estaba el cadáver de *Raúl Reyes* (el “Ministro de Relaciones Exteriores” de las FARC), y cuya suela de su chamuscado zapato “se exhibió” como trofeo junto con las fotos de su persona en el estado en que quedó; 4. No parece que hubiera ninguna “tortura” de Ben Laden sino en todo caso un ataque contra un objetivo militar principal y directo para los norteamericanos, y no cualquiera, por cuanto que es notorio que *Osama Ben Laden*, fuera cual fuera la vestimenta que en ese u otro día llevara, desde el 11-S (y ya antes según su biografía) tenía perdida su condición estatutaria de ser un “civil” que no hubiera llevado a cabo actos hostiles, aunque bien es cierto que más como un criminal terrorista internacionalmente reconocido que como un guerrillero como tal; 5. Que el asalto propio de la Operación en *Abbotabad*, en las cercanías de *Islamabad*, fue aparentemente quirúrgico, no discriminado. No habría, en principio, por qué dudar tampoco de la versión oficial norteamericana en cuanto que *Bin Laden* y “sus compinches” allí hicieran también un uso de sus armas. Al fin y al cabo existe como precedente el de la captura, vivo, de *Sadam Hussein*, que supondría un aval de la actuación estadounidense para confiar en esa presunción *iuris tantum*⁴⁵³.

Por tanto, a diferencia de la referida catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, **MANGAS MARTÍN**, creemos modestamente que en la problemática legal del caso habría que darle más importancia al hecho que ella, sin embargo, en su opúsculo de forma incluso expresa no le otorga, es decir, que la actuación norteamericana de Fuerza Armada se desarrollara en *Pakistán*: *¿Estaba este país al tanto de la operación con helicópteros efectuada?, ¿se violó el espacio aéreo pakistání por los EE.UU?, ¿era Pakistán un Estado refugio consciente?, etc.* Más, si cabe, cuando es sabido por fuentes abiertas que tras así haberlo aludido el Presidente *Obama*, la principal Agencia de inteligencia pakistání reconoció que compartió información con EE.UU sobre *Osama Ben Laden*⁴⁵⁴, único papel que según sus altos cargos interpretó

⁴⁵³ También debe de tenerse en cuenta, no obstante, que al tratarse de Fuerzas especiales -las que por lo común protagonizan esta clase de asaltos- entre sus métodos suelen estar el de prepararse por parte de sus miembros para esconderse entre el enemigo, utilizar prismáticos de largo alcance para identificarle las posiciones a veces semienterradas, cañones, “tanques” o carros de combate en su caso, depósitos de munición, reservas, provisiones y refugios fortificados del mando, y señalar o “pintar” cada uno con un infrarrojo gracias a un proyector de hombro mientras que, por radio, se organiza el ataque aéreo, así como entrar después por la puerta del objetivo sin ningún miramiento, identificarlo y, en su caso, hasta disparar, si cabe, letalmente. Ha habido fuerzas británicas (SBS: escuadrón anfíbio especial británico) que lo han llegado a hacer por el procedimiento del “doble impacto” (dos balas en toda la cara).

⁴⁵⁴ Tras su muerte se declaró un estado de alerta temporal que llegó al grado máximo en varios barrios de *Karachi*, al igual que en toda *Islamabad*. EE.UU cerró su embajada “hasta nueva orden” y los funcionarios extranjeros de ONU recibieron órdenes para restringir sus movimientos, más o menos estrictas según las agencias de aquélla en las que desempeñasen su trabajo. En un artículo de opinión del “*The Washington Post*” del día 03 de mayo de 2011 el Presidente del País, *Asif Ali Zardari*, sostuvo que era una sorpresa descubrir que *Bin Laden* se había instalado en una cómoda zona residencial de las cercanías de *Islamabad* e insistió en que su país está tan comprometido

Pakistán en la “Operación Jerónimo” y sin haber precisado si su contribución fue o no decisiva para lanzar el ataque o conocerse antes su paradero en *Abbottabad*. Estas actuaciones y la crisis desatada por el unilateralismo norteamericano provocaron de inmediato que por vía diplomática el Senador demócrata *Jhon Kerry* se reuniera el día 16 de mayo con autoridades *pakistaníes* para reiniciar las relaciones entre ambos países. Producto de la reunión fue un comunicado conjunto de un compromiso reanudado para combatir el terrorismo que fue emitido por la embajada estadounidense de *Islamabad* y la presidencia *pakistaní*, manifestando dicho senador a los periodistas con motivo del mismo que si bien entendía el sentimiento de los *pakistaníes* lo cierto es que quienes realmente violan la soberanía de su país, haciendo así una velada alusión a que lo es nuclear y con un “conflicto” como el de *Cachemira*, son los terroristas como *Ben Laden*. Por otra parte, apuntar que *Fazul Abdullah Mohamed* también murió en un puesto de control policial de *Mogadiscio (Somalia)* el martes 07 de junio del 2001 y significándose de él que, como sospechoso de los atentados de *Kenia* y *Tanzania* en 1998 al ser integrante de *Al Qaeda* en Somalia, a diferencia del caso de *Ben Laden*, sí salieron imágenes de su cadáver...

En suma: son muchas las preguntas y coincidimos con la Doctora MANGAS en que de lo ocurrido esperemos que algún día pueda saberse la realidad, pero de aquella que fuera fruto de una investigación legal, con autopsia incluida..., y no sólo por medios periodísticos.

XIV.3. El estado de la cuestión

A. Sí sabemos hasta el momento que, por un lado, excepcionalmente cabe que un Estado detenga en el territorio de otro (Acuerdos *Shengen* en la UE y el de *Libia* con *Egipto* para persecución de extremistas, que desactivan la responsabilidad internacional estatal de Derecho de Gentes para caso contrario, toda vez que es su prueba la unanimidad de la doctrina en tal

con la guerra contra el terrorismo como los propios EE.UU porque es blanco de *Al Qaeda* junto con los pueblos de los *EE.UU*, *Gran Bretaña*, *España*, *Indonesia*, *Afganistán*, *Turquía*, *Yemen*, *Kenia*, *Tanzania*, *Egipto*, *Arabia Saudí* y *Argelia*. Su cooperación en esa “guerra” es de una década y afirmó que los talibanes, nada más enterarse de la muerte de *Bin Laden*, ya han clamado venganza contra él como Presidente de la Nación, significando que ha pagado caro su lucha contra el terrorismo a nivel personal –su esposa, a la sazón ex primera ministra *Benazir Butho*, fue muerta en un atentado en Diciembre del 2007- y estatal –por ella han muerto más soldados *pakistaníes* que de todos los países de la OTAN juntos-. No obstante, lo cierto es que oficialmente el 14 de Mayo del 2011 el Parlamento de *Pakistán* aprobó unánimemente la condena de la “Operación Jerónimo” del día 2, revisar las relaciones con *Washington*, instar al ejecutivo a la apertura de una investigación a cargo de una comisión independiente para aclarar los hechos, que determinase las responsabilidades y que recomendara medidas para evitar la repetición de hechos similares en el futuro, y, por último, exigió el cese inmediato de los inaceptables ataques que realizan aviones no tripulados (*drones*) de los EE.UU dentro del país islámico, concretamente en las zonas tribales del noroeste, con saldos de miles de víctimas desde que comenzaron en el año 2004. En su debate, retransmitido por la cadena *paquistaní* GEO TV, los legisladores señalaron que la acción unilateral de los EE.UU en *Abbottabad* constituye una violación de la soberanía nacional.

sentido) y, que, no obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵⁵ ha afirmado en relación con el art.3 del Convenio de tales Derechos que uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática, incluso en las más difíciles circunstancias (terrorismo), es el de que está absolutamente prohibida la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, de forma que cuando se ponga en libertad a un detenido con evidencia de malos tratos incurrirá el Estado en responsabilidad por conculcación de tal precepto sólo cuando no cumpla con la obligación de dar las explicaciones necesarias sobre las heridas. En este sentido las llamadas Cinco técnicas⁴⁵⁶, que podrían ser seis, son reprobables como "*trato degradante*". Precisamente esta necesidad requerida de motivación es necesaria para poderse dictar un Auto Judicial de incomunicación y, en su caso, de su prórroga.

B. Y además, consuetudinariamente está establecida la opinión de que en caso de un rescate para actuar en otro territorio que no sea el estatal se deberá, para justificar *a posteriori* una incomunicación, estar en la posesión justificada de los siguientes requisitos⁴⁵⁷: 1.Obtener el consentimiento del Estado territorial afectado;2.Que la extradición no sea conseguible; 3.Permitirle cooperar en la misión de detención, sin riesgo a represalia;4.Que el delito lo sea de Derecho de Gentes;5.Valorar debidamente la seguridad de los agentes implicados;6.La gravedad del crimen;7.El número y nacionalidad de

⁴⁵⁵ Así en el asunto *Aksoy /c.Turquía*.

⁴⁵⁶ Vid.STEDH de 18 de enero de 1978 (aludida para referencia a "novatadas" en STS, Sala II, de 02 de marzo del 2003, donde fue ponente *D. Andrés Martínez Arrieta*): Al detenido se le realizan las cinco acciones siguientes que consisten en: (1) encapucharlo, (2) someterlo a un ruido altamente estridente, (3) privarle de descanso sin dormir, (4) privarle de una dieta equilibrada, solo "pan y agua", y (5) obligarle a permanecer de pie contra la pared, con las manos en alto y apoyadas sobre ella, manteniendo las piernas abiertas (por no sumar la técnica penitenciaria del preso homosexual que obliga a "tirar el jabón"... y que le permite también al celuloide dramatizar situaciones). En todo caso, al parecer fuera ya de cualquier ficción, ha sido notorio que se dice que a presos de Guantánamo se les ha aplicado la tortura llamada "*waterboarding*" (ahogadillas), entre ellos al que se dice que fue el delator de *Bin Laden* cuando, a través de dicha técnica, se ha dicho que por él se supo su paradero.

⁴⁵⁷ La doctrina del TC español, contenida en el FJ 3 de la STC 127/2000, de 16 de mayo, o en la de la Sala 1ª del TC, de 9 de febrero del 2004, donde fue ponente *D. Pablo García Manzano*, bajo los auspicios del art.10.2 de la CE y en relación a un recurso de amparo de nueve componentes del "*Comando Vizcaya*", requiere realizar la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige, bajo la premisa de existencia de unos indicios de conexión de la persona detenida con el delito. Por tanto, la finalidad que legitime esa medida, aparte de la gravedad de ciertos delitos –caso de terrorismo–, será la conjura de peligros de que "*el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión*". Es decir, que puede estar garantizado por imprescindible el que las diligencias policiales y judiciales gocen del mayor secreto para su práctica y que en la declaración policial y su entrevista posterior no tengan derecho a abogado de su confianza y que la condena por tortura alegada, para poder estimarla, se sustente solo en esa prueba viciada de invalidez de la detención (*Vid.* FJ 5º y 9º de la STC 196/1987, de 11 de diciembre, respectivamente, y SSTC 161/1999, de 27 de noviembre, FJ 4; STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 8/2000, de 17 de enero, FJ 10; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 8; y 12/2000, de 28 de enero, FJ 5).

las personas aprehendidas; y 8. Entre otros factores posibles (una base centralizada de datos, por ejemplo), la solidez de las pruebas y las eventuales dificultades para lograr un juicio justo. No obstante, sí se hace preciso deslindar el tipo de agente de la toma de rehén -bandoleros, guerrilleros, terroristas y delincuencia (malhechores)-.

XIV.4. La normativa y la doctrina

Debemos hacernos eco aquí de la doctrina internacionalista mayoritaria, según la cual el art.2.4⁴⁵⁸ de la Carta de las Naciones Unidas no contendría una prohibición absoluta del uso de la fuerza en estos casos, de modo que cubriría la intervención en territorio extranjero para protección de nacionales, interpretando que una acción de tal clase no estaría dirigida contra la integridad territorial y la independencia política del Estado objeto de la misma, sino a garantizar la protección de los derechos humanos básicos como la vida, la integridad física o la libertad. Dentro de ella, incluso, **BERMEJO GARCÍA**⁴⁵⁹, excusa tal clase de Operaciones en territorio extranjero por la legítima defensa del art.51⁴⁶⁰ de la Carta de San Francisco. De opinión contraria es **ABAD CASTELOS**⁴⁶¹, quien en un resumen de su pensamiento manifiesta que el art.2.4 de la Carta también consagra la inviolabilidad territorial y que la privación de libertad propia de una toma de rehenes no es equivalente al caso de un ataque “armado” contra las víctimas del delito. Nosotros, por el contrario sí pensamos que, en el fondo, se trata de un ataque, y lo que es más, en todo caso ya agotado. Creemos que la amenaza de un mal inminente y grave, si no a la vida, que también lo será posiblemente *in crescendo* por razón de la naturaleza permanente del delito, sí lo es contra el valor (quizá incluso superior) de la libertad (la de todos, ni siquiera la de la propia persona directamente atacada), hasta el punto de que, para nosotros, el daño del ataque ya habría sido realizado colocando a tal persona - víctimas serían muchas: la propia sociedad y, sobre todo, su familia- en una situación tal que, con arma o sin ella, sin poderlo por ella misma remediar estuviera, por ejemplo, allí donde ella voluntariamente no quisiera, y, por tanto, estando ese ataque así, de hecho, ya

⁴⁵⁸ Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza *contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.*

⁴⁵⁹ **BERMEJO GARCÍA. R.** (1993). “*El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*”, Universidad de Navarra, Civitas, Madrid, pp.363-395.

⁴⁶⁰ Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de *legítima defensa*, individual o colectiva, en caso de ataque *armado contra un Miembro de las Naciones Unidas*, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

⁴⁶¹ **ABAD CASTELOS. M.** (1997). Ob. cit. : “*La toma de rehenes...*”, pp.416 y ss.

perfectamente consumado, es decir, más que sólo momentáneamente amenazado.

Pensemos en el caso de los tres españoles secuestrados el año 2010 en Mauritania (*Alicia, Roque y Vilalta*) o el de periodistas (europeos, entre ellos españoles) secuestrados en la frontera de Siria. Aquí no caben exculpaciones tales como los síndromes de Estocolmo... todos fuimos víctimas. No creemos, a diferencia de **ABAD CASTELOS**⁴⁶², que la inviolabilidad territorial que se supone protegida por el art.2.4 de la Carta sea superior a otros valores, así la libertad primero y la vida después. En caso de conflicto entre ellos, desde luego, hay una prioridad, a veces incluso sobre la propia vida. Pensemos, por ejemplo, el caso de los testigos de *Jehová*, que prefieren morir antes que se les practique una transfusión de sangre. En tales casos, orientado de acuerdo con el **art.10.2**⁴⁶³ de nuestra Constitución y puesto en relación con el art.9.2⁴⁶⁴ del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) y por el art.18.3⁴⁶⁵ del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos (PIDCP), nuestro Tribunal Constitucional tiene dicho al respecto que la vida, *“en su dimensión objetiva es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”*⁴⁶⁶, pero cree oportuno señalar que si bien el derecho fundamental a la vida tiene ese contenido de información positiva *“que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”*⁴⁶⁷, concluye que *“(...) en definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, (...)”*⁴⁶⁸, es decir, el valor superior sobre cualquier otro.

⁴⁶² **ABAD CASTELOS. M.** (1997).Ob. cit. , en su nota 95 de la pág.428 nos hace un resumen de Bibliografía relativa a las cuestiones de la conveniencia de la creación de unidades especiales anti-terroristas, el papel del Ejército, los problemas jurídicos y otros por la militarización de la policía y, en general, la importancia de la inteligencia como servicio de preparación de estas operaciones.

⁴⁶³ Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁴⁶⁴ La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

⁴⁶⁵ La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

⁴⁶⁶ STC, Sala 3ª, de 18 de julio del 2002, donde fue ponente D. Pablo Manuel Cachón Villar. Quinto FJ casi *in fine*.

⁴⁶⁷ *Ibidem*. FJ. duodécimo. Cuarto párrafo.

⁴⁶⁸ *Ibidem*. Cuarto párrafo también, casi *in fine*.

Aunque es cierto que la autora previamente referida se basa en que no debe entenderse que hay tal equiparación a la luz que proporciona el Derecho Internacional consuetudinario y el art.51 de la Carta de Naciones Unidas, creemos que realiza una interpretación sincrónica del Derecho Internacional antes de los hechos del 11-S, del 11-M, del 7 y 21 J; es decir, sin pensar que actualmente tales acontecimientos mundiales (hasta hace poco impensables) pueden hacernos cambiar el entendimiento de las “antiguas” reglas (como ya se preguntó *Tony Blair*); entre ellas quizá tener en cuenta el peligro de ciertos actores fácticos que, si bien no forman parte de la Comunidad Internacional institucionalizada, ello no evita que actúen sobre ella: piratas, forajidos, narcotraficantes⁴⁶⁹, criminales de todo tipo y terroristas, muchas veces organizados; quizá se tenga que rectificar y reconocer que la posible “*opinio iuris*” que alega la citada autora a favor de su interpretación con base en las Resoluciones 2625 y 3034 del Consejo de Seguridad, ante la última influencia de entes no estatales en la Comunidad Internacional, en la práctica aquella “*opinio iuris*” que creyó ver no era sino un mero espejismo, es decir, un mero ejercicio de simple voluntarismo por parte exclusivamente de los Estados, que no de la Comunidad Internacional como tal, siempre más compleja. Por tanto, pensamos que en todo caso se trataría de una *opinio iuris* tan incipiente como más propia de *un desuetudo*, es decir, en todo caso susceptible de ser esclarecida o adaptada a la realidad por la fuerza de los hechos, aquellos sobre los que siempre va detrás el Derecho, en el sentido de que para que esto último no sea así la interpretación del Derecho Internacional que creemos más correcta es la que deba de hacerse ya desde una óptica no sincrónica sino diacrónica y, sobre todo, teniendo en cuenta al fin y al cabo la práctica social de una constante histórica: el factor no desdeñable de las relaciones Internacionales que siempre hay en juego. Así, ejemplos famosos de rescates que se han dado, a veces incluso sin un elemento internacional propiamente dicho de por medio, en guerra o en la paz, los encontramos en el caso del asedio del Alcázar de *Toledo*, el del aeropuerto de *Lod*, el de los Juegos Olímpicos de *München* en 1972, el del secuestro de *Ortega Lara*, el del teatro *Dubrovka* en *Moscú* en 2002, el de *Ingrid Betancourt*, y, en el verano del 2004, la más que macabra matanza (por infanticida), y no se sabe si como represalia de la de *Dubrovka* en *Moscú* en 2002, producida en los gimnasios de una escuela rusa por terroristas chechenos en *Beslan* (*Rusia*). Por otro lado, no hay que olvidar que en sede de Misión Diplomática la inviolabilidad de que disfrutaban estos locales, es cierto, de

⁴⁶⁹ El caso mundialmente “celebrado” de la tercera detención (el 08 de enero del 2016) del huido narcotraficante “*Chapo*” *Guzmán*, Jefe del cártel de *Sinaloa* en *Chiapas* (*México*), puede servir de ejemplo no lejano. Decimos “celebrado” porque si bien *México* se negó a extraditarlo a los *EE.UU* cuando fue detenido por segunda vez en 2014, con la tercera detención ya no parece que haya tal oposición. Más si cabe cuando en esa peligrosa “*Operación cisne negro*” de los cuerpos de élite de la marina mexicana murieron uno de sus soldados y cinco sicarios. Los actores *Sean Penn* y *Kate del Castillo* se colocaron en situación de ser investigados por las entrevistas con el “*Chapo*” en Octubre del 2015 y que, según parece, sirvieron de pista para encontrarlo en *los Mochis* (*México*).

conformidad con el Derecho Internacional impone un límite objetivo a la posibilidad de su entrada. Para que los agentes del Estado receptor puedan penetrar en ellos se precisará siempre el consentimiento del Jefe de la Misión. Principio fundamental que ha sido respetado en la casi totalidad de las ocasiones, pero no siempre: debe señalarse alguna grave excepción⁴⁷⁰ como la conocida violación cometida por el Gobierno *guatemalteco* en 1980 con respecto a la embajada española en su territorio, o la del Gobierno cubano un año más tarde.

Por último, también MANGAS manifiesta que **el recurso a la legítima defensa** sigue permaneciendo reservado para aquellos casos en que el ataque que lo justifica sea atribuible al Estado frente al que se reacciona; pues bien, desde la interpretación que proponemos creemos que su argumento también puede decaer, toda vez que en caso contrario, se llegaría al absurdo de que la legítima defensa sólo se podría invocar frente a un Estado o una persona, no frente a un grupo o entidad no estatal, en este caso terrorista, independientemente de que sea o no sujeto de Derecho Internacional o nacional.

En cuanto a la inadecuación del estado de necesidad para cubrir los casos en que la detención de los rehenes cuente con algún tipo de apoyo por las autoridades del Estado territorial, hacen que este recurso no pueda cubrir, en cualquier caso, algunos de los supuestos que se han producido. *Es necesario, por tanto, preguntarse sobre otras posibles vías globales de fundamentación.* Se ha venido ensayando últimamente por un sector doctrinal⁴⁷¹ la búsqueda y la valoración desde el punto de vista jurídico de ciertos rastros que han venido dejando los

⁴⁷⁰ **BURGOS RÓDENAS.P.** (1980), “Análisis jurídico de los sucesos ocurridos en la Embajada de España en Guatemala”, Revista de Estudios Internacionales, Vol.7, Nº 1, p. 107 y ss. Asimismo el desenlace efectuado por el Gobierno territorial de la toma de rehenes perpetrada en la embajada de Japón en Perú por miembros del Movimiento Revolucionario *Tupac Amaru* (MRTA): durante más de cuatro meses ese movimiento de tendencia marxista-quevarista ocupó en 1996 la embajada japonesa en Perú cuando se encontraban cientos de personas con motivo de la gala de cumpleaños del Emperador *Aki Hito*. Finalmente, tras un aparente intento del Presidente *Fujimori* de negociar la inmunidad y un salvoconducto de los secuestradores en países como *Cuba* se procedió a efectuar una Operación militar de rescate, llamada “*Chavín de Huántar*”, en la que se utilizaron cuatro túneles excavados en los meses previos. Otro Caso llamativo no estricto de rescate- pero en este caso exclusivamente policial y ya posterior al 11-S- fue el de *Jean Charles Menezes*, un brasileño víctima de la supuesta orden de disparar a matar recibida por los agentes como consecuencia de los traumáticos sucesos de *Londres* del 7 y 21-J del 2005. Suceso que no solo provocaría las disculpas de *Ian Blair*, Jefe de la policía *Británica*, sino la sospecha de tergiversación real de los hechos en días posteriores a los de autos, así como en *España* unas polémicas declaraciones del Presidente del Tribunal Supremo español relativas al comentario realizado en un curso universitario de verano sobre la apreciación de un posible “estado de necesidad” eventual que, como hipótesis, pudiera haber dado lugar a la justificación de su emisión, toda vez que, aun a riesgo de ser políticamente incorrecto para algunos, lo cierto es que comparó la lucha antiterrorista como una manifestación de la tercera guerra mundial, si no la cuarta si se contara con la “guerra fría”.

⁴⁷¹ **DÍAZ BARRADO, C.M.** (1988). “La Pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en ‘consideraciones humanitarias’. Análisis de la práctica internacional contemporánea”. REDI, Vol.XL, Nº 1, pp.41-76.

Estados en relación con *la práctica habida relativa a la protección de los nacionales en el extranjero*. Se trataría, en resumen, de averiguar si la protección de los nacionales en el extranjero podría haberse convertido a partir de la vigencia de la Carta de San Francisco en una nueva circunstancia jurídica autónoma de naturaleza consuetudinaria o en una categoría en formación, que permitiese justificar ciertas acciones limitadas de fuerza a fin de rescatar a aquellas personas en grave peligro. Retomando la cuestión en el punto en que se dejó, **ABAD CASTELOS**⁴⁷² comparte el juicio emitido por un subsector⁴⁷³ doctrinal que mantiene que en estos momentos el recurso a la fuerza para proteger a nacionales en el extranjero “no es Derecho”. **RONZITTI**⁴⁷⁴ prueba su antijuricidad actual, pero muestra cómo esta categoría puede estar dotada de suficientes perfiles normativos para llegar a constituirse en una nueva norma del Derecho Internacional. Para alcanzar esta última conclusión se apoya en múltiples argumentos, de los cuales, **ABAD CASTELOS**⁴⁷⁵ destaca tres: 1. La auténtica convicción jurídica expresada por los Estados que han realizado operaciones de este tipo sobre la existencia de un derecho que les asiste para salvar a sus nacionales cuando se hallan en peligro. 2. La oposición de los terceros Estados a diversas acciones de intervención se ha centrado más en refutar *los elementos de hecho* aducidos por los Estados que intervenían que de rechazar expresamente la posible existencia de un derecho de intervención en sí mismo. 3. Por último, a pesar de que el silencio del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) sobre la fallida operación de rescate estadounidense en *Irán* en su Sentencia de 1980 no puede interpretarse de modo que implique su aquiescencia sobre la supuesta licitud de aquella (“el que calla otorga”), aquél no ha obstruido, sin embargo, el posible proceso conducente a la creación de una nueva norma que pudiese legitimar este tipo de intervenciones. Por tanto, por lo que se refiere al efecto del pronunciamiento del TIJ en el *asunto del personal diplomático y consular de EE.UU* se admite que el TIJ guardó silencio sobre el problema de la licitud de la operación. La mayoría de la doctrina que se ha referido a la Sentencia desde la óptica del estudio de este tipo de intervenciones parece inclinarse por considerar que la omisión del TIJ vino a fortalecer la teoría de la licitud de la protección armada de los nacionales en el extranjero. **ABAD CASTELOS**⁴⁷⁶, siguiendo a **RONZITTI**, prefiere hacer una interpretación a su juicio más prudente según la cual el TIJ simplemente no habría puesto barreras a un eventual proceso de creación de una nueva norma consuetudinaria. Como conclusión, la citada autora añade que a la

⁴⁷² **ABAD CASTELOS, M.** (1997). Ob. cit. Pág.442 *in fine*.

⁴⁷³ **RONZITTI, N.** (1985.a). “*Rescuing nationals abroad through military coercion and intervention on grounds of humanity*”, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, p.1-5, 7-19 y 21-76.

⁴⁷⁴ **RONZITTI, N.** (1985.b). (Ed) “*Europa e Terrorismo Internazionale*”, Istituto Affari Internazionali, Roma, 1990 –“*Current Legal Approaches to International Terrorism*”, *Terrorism*, 7 (1984-1985), pp.147-161. “*Alcuni problema giuridici sollevati del dirottamento dell Achille Lauro*”, RDI, 1985, pp.584-588.

⁴⁷⁵ **ABAD CASTELOS, M.** (1997). Ob. cit. pp.428 y ss.

⁴⁷⁶ **ABAD CASTELOS, M.** (1997). Ob. cit. Nota 142 *in fine*.

progresiva formación de un cierto derecho de protección de los nacionales que se hallen en el extranjero en situación de grave peligro podrían contribuir además determinadas circunstancias relativamente nuevas como, por ejemplo, la cierta desmitificación del concepto tradicional de soberanía, la consolidación práctica de ciertos aspectos de la obligación general de cooperar en la prevención del terrorismo internacional, la progresiva cesión de competencias estatales a Organizaciones internacionales de cooperación o integración, o, incluso, la concesión de derechos de *hot pursuit*⁴⁷⁷ en ámbitos bilaterales o regionales. No obstante, ha de tenerse presente que esas nuevas coordenadas ahora presentes tampoco prescinden del imprescindible consentimiento de la soberanía territorial.

XIV.5. El debate operacional de su posible ejecución

Desde antiguo, y dada la mentalidad anglosajona, fue característico el debate de la conveniencia o necesidad de llevar a cabo Policía y Ejército operaciones conjuntas. Un hito fue la constitución en 1829 de la nueva Policía de *Peel*. A partir de entonces el Ejército *británico* redujo progresivamente sus actividades de seguridad interna y de orden público hasta casi desaparecer en el siglo XX, lo que acostumbró a los británicos a ver a su Ejército con un papel limitado a asuntos exteriores y al "*Bobby*" inglés como al gentil hombre uniformado que dirige el tráfico urbano. Sólo al aumentar la vulnerabilidad de la sociedad industrializada mediante ataques a sitios y lugares críticos ya en los setenta volvió a renacer la citada idea de su nuevo papel a favor también de la seguridad interior. Estos cambios no eran exclusivos. Soplarían nuevos vientos también en *Alemania*, pero hasta en tiempos de Paz incluso en *Canadá* se llegó a invocar por su Ministro del interior en 1970 a la Ley de Medidas de Guerra, la cual permitió al Gobierno Federal saturar de tropas la región de *Montreal*, con el propósito de alcanzar a los terroristas del *Front de Liberation de Quebec* (FLQ), en vigor medio año y que dio a las Fuerzas de Seguridad amplios poderes para detener e interrogar a la gente con motivo del secuestro de un comisionado comercial británico. El argumento principal contrario a aquella idea es el de favorecer la "*doctrina de la fuerza mínima frente a la violencia máxima*", que a su vez conlleva el que "la militarización", y que si bien no hay *per se* nada malo ni incorrecto en ella como propuesta, distorsiona la realidad de los conceptos porque podría provocar un solape incontrolado de funciones y competencias entre Policía y Ejército. Prueba de ello es que si bien en la teoría constitucional anglosajona la condición jurídica de un miembro de sus Fuerzas Armadas es igual a la de cualquier otro ciudadano que intervenga para suprimir el desorden civil, lo cierto es que el soldado se halla en una situación anómala por estar sometido a la ley militar en la medida en que no es un ciudadano cualquiera, sino que es parte de un grupo armado sometido a órdenes: **Lord Diplock** fue el que en ese contexto se preguntó por la postura del soldado como ciudadano en

⁴⁷⁷ Persecución "en caliente" como metáfora de haberla por delito flagrante y continuada.

cuanto que puede dar origen a una comprensión imperfecta de sus derechos y deberes. Como juez de un soldado *británico* al que se estaba enjuiciando por haber disparado en *Irlanda del Norte* contra una persona que huía, causándole la muerte, reflexionaría manifestando que, en teoría, cualquier ciudadano, cuando está a punto de cometerse en su presencia un acto punible, está obligado a tomar todas las medidas de que pueda valerse razonablemente para impedir la comisión del delito; pero se trata de una obligación imperfecta que no le exige hacer nada que le pueda exponer a un riesgo de daño personal ni que le fuerce a buscar delincuentes ni a investigar delitos; en cambio, el soldado que se utilizaba en *Irlanda* para apoyar al poder civil tenía el deber, impuesto por su ley, la castrense, incluso de buscar delincuentes si se lo ordenaba su superior y de arriesgar su propia vida si fuera preciso para evitar actos terroristas. Ante esto eran dos los problemas que se suscitaban: las facultades legales que a ese soldado se le otorgaban (levantar barricadas, registrar, arrestar y dar órdenes a ciudadanos, etc.) conllevaba que se le colocara a veces en situaciones de responsabilidad personal verdaderamente irrazonables (porque debía obedecer en todo caso hasta la orden no manifiestamente ilegal de un superior y en situaciones de legalidad dudosa), lo que llevó a que otro magistrado, en este caso el australiano **Hope**, recomendara que en esos casos de apoyo civil el Ejército tuviera otorgados los poderes de la Policía como tal para que (a sus integrantes) sólo se les hiciera en cualquier caso responsables de las órdenes de sus superiores militares que fueran estrictamente recibidas para la defensa marítima, terrestre o aérea de la *Commonwealth*. El citado magistrado, por tanto, señaló como situaciones propicias para el actuar de ese personal militar el asalto de edificios, aviones u otros medios de transporte público ocupados y retenidos por los terroristas, el acordonamiento u otra forma de protección de grandes espacios como un aeropuerto, en los que pretendieran entrar los terroristas violentamente, y las situaciones que implicasen zonas remotas o grandes, u otras fuera del control de la Policía, como por ejemplo el (la) mar, o cuando hiciera falta un equipo con especial destreza porque la Policía, de hecho, no lo tuviera. No obstante, al estar hoy “de moda” la externalización de los servicios de seguridad con ocasión también de la piratería marítima, ese debate en la actualidad podría ser ampliado con los nuevos⁴⁷⁸ retos a los que nos enfrentamos.

Por consiguiente, nuestra postura en este debate se resume en los siguientes razonamientos:

⁴⁷⁸ El papel de la empresa privada en estos ámbitos, a veces con amargas experiencias (así los sucesos de la Empresa norteamericana *Blackwater* en *Iraq*), el deslinde laboral y de estatutos como el del mercenariado, el alcance de la responsabilidad estatal y mercantil privada, las posibles interferencias indebidas en negociaciones, la conciliación de los intereses existentes con los de la soberanía de los Estados afectados, el papel de su jurisdicción, el debido equilibrio mantenido de una política de Estado en estos casos, etc.

1. Siguiendo la línea doctrinal de **ALCAIDE FERNÁNDEZ**⁴⁷⁹, pensamos que el rescate podría ser *una contramedida legítima* siempre que se acordase tras la pertinente reclamación, que fuera infructuosa, y que fuera esa operación el último remedio para su solución. Con esas condiciones creemos que se evitaría caer en el agujero negro de la legítima defensa “preventiva”.
2. Anteriormente **ABAD CASTELOS** recomendaba preguntarse por otras vías globales de fundamentación. Pues bien, creemos que de ellas no hay que desdeñar el aportado por *el cumplimiento del deber y ejercicio de un derecho*. El delito de la toma de rehén es pluriofensivo y permanente, y la víctima principal la propia sociedad: ¿el rescate? Interés general.
3. Las funciones de esa clase de operaciones pueden ser compartidas por las Fuerzas de Seguridad y el Ejército, significándose que hay situaciones concretas como las explicadas donde la preponderancia de actuación de uno u otro instituto haga que la intervención de uno sea más principal que la del otro, que desempeñará un papel más accesorio. Una vez las Fuerzas de Seguridad, otras el Ejército.

XV. LA OCUPACIÓN MILITAR

Anotamos a pie de página algunas fuentes adicionales de conocimiento de este apartado⁴⁸⁰.

XV.I. Historia y marco jurídico aplicable

Es con el reinado de *Federico II de Prusia*, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, el período a partir del cual puede decirse que hay un antes y un después de esta institución bélica.

XV.I.1. Antes del siglo XVIII. Ejemplos

Antes de ese período la ocupación bélica no se distinguiría de “*otras figuras afines*” tales como “*la anexión*” o “*la invasión*”. Tanto es así que al ser la ocupación la manifestación de “un poder de guerra” supondría la justificación jurídica propia de un poder total a favor del beligerante ocupante. Por tanto, en esta época *la*

⁴⁷⁹ **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000). Ob. cit. “*Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo*”, p.279 y ss.

⁴⁸⁰ **PARTICIPACIÓN EN CURSOS Y JORNADAS:** *Jornadas de Universidad de Verano* organizadas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en *Ávila*, sobre materia de seguridad y defensa, junio de 1999. *I Jornadas de Asesoramiento Jurídico* en el ámbito del Ministerio de Defensa, que tuvieron lugar en la calle Princesa, Madrid, año 2000. *Jornadas de Jurisdicción Militar en el Ámbito Penal y Disciplinario* que tuvieron lugar en la sede del Consejo General del Poder Judicial, por ser dicho órgano gubernativo judicial su organizador, Madrid, junio de 2006. XIV Curso Internacional de Defensa, sobre «*Mediterráneo: Unión y Frontera*», Jaca, junio de 2006. Curso de Derecho Internacional Humanitario en *San Remo (Italia)*, 2009), Máster Seguridad y Defensa CESEDEN (Madrid, 2014) y XXI Curso Observadores de Misiones de Paz por la Escuela de guerra del E.T en Madrid (Madrid, 2015).

ocupación bélica, la *Invasión* y la *Anexión* eran términos cuando menos confundidos⁴⁸¹. Ejemplos del pasado que de esta clase de ocupación se pueden traer a colación, así en *España* y en parte del resto del mundo, además del citado, son la “ocupación” de la Roma imperial y de civilización (dándonos como concepto el de “ciudadanía”), la “ocupación” árabe fundamentalmente religiosa, que dio lugar a la Reconquista, y la “ocupación” francesa (con la guerra de la independencia y el nacimiento ya mundialmente reconocido de “la guerrilla” como institución bélica de nuevo cuño). En todas ellas la *carencia de límites al poder del vencedor ocupante era total*: las poblaciones del territorio ocupado carecían de todo derecho y eran prácticas usuales las de matar, deportar, obligar a prestar fidelidad o hacer levas. La propiedad pública o privada era tomada libremente y aun *se disponía del territorio ocupado como “de cosa propia”*.

XV.I.2. Después del siglo XVIII

Podemos citar algunos ejemplos como el caso de Federico II de Prusia con poder limitado. Desde entonces hubo como principios nuevos del Derecho de Gentes consuetudinariamente consolidados los siguientes: que los mandatos derivados de la ocupación deben respetar a toda la población del país ocupado y su soberanía, pues ésta es su razón de ser; y, además, que el régimen de la ocupación procura también velar por la seguridad de todos los miembros de su ejército ocupante así como distinguir “el armisticio” (como acuerdo militar entre militares) de una simple “paz” (acuerdo político entre políticos). Otros ejemplos en los que esa normativa sobre la ocupación ya ha regido teórica e históricamente los encontramos en la ocupación nazi de *Europa*, el conflicto *árabe-israelí* y sus territorios ocupados, o el caso del conflicto *saharai-marroquí*.

XV.I.3. Normativa

A la vista de lo expuesto, y en cuanto a su normativa, aparte de la anotada, la actuación del militar en territorio ocupado se regirá desde entonces por las leyes del país ocupado y, además, por el Reglamento de la Guerra Terrestre (II y IV), concretamente⁴⁸² los arts.42 a 56 a su vez trasuntos de los arts.41 a 60 del Manual de Oxford, y un Proyecto de Bruselas de 1918 (que quedó abortado al irrumpir la I guerra mundial). Además, sucintamente se haría aquí necesario mencionar que, con motivo de la ocupación de los territorios palestinos en el conflicto árabe-israelí, en la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el Muro de

⁴⁸¹ **La invasión** históricamente solo consistía en el adentramiento en territorio del adversario sin ánimo de asentarse ni siquiera temporalmente en él, solo obedecía a una simple incursión u operación (volar un objetivo, por ejemplo, o utilizarlo como territorio de tránsito a un tercer país). *En la Anexión, sin embargo, la soberanía si quedaba “tocada”*: había una transformación territorial y demográfica de ampliación. Vid **FERNANDEZ FLORES, J.L** (1982). “*Del Derecho de la Guerra*”, Ediciones Ejército, Madrid. **Vid Anexo I.**

⁴⁸² Vid. Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R), de 18 de octubre de 1907 en La Haya.

Seguridad de 9 de julio del 2004 Israel es definida como “Potencia ocupante”, de forma que la creación de la Autoridad Nacional Palestina a raíz de los Acuerdos de Oslo de 1994 para controlar la seguridad y administración civil de las áreas tanto urbanas como rurales de esos territorios no ha cambiado esa situación de ocupación y sus discordias derivadas (la Segunda Intifada en el 2000) incluso después de que a partir del día 29 de Noviembre del 2012 Palestina sea un Estado con el estatuto de observador permanente no miembro de la ONU. Aunque Israel desmantelase en el 2005 sus asentamientos de Gaza se reservó como potencia ocupante el derecho a efectuar “Operaciones Antiterroristas”, que fue el caso de los bombardeos aéreos e incursiones terrestres del verano del 2006 (Operación lluvia de verano) y del invierno del 2008-09 (Operación plomo fundido), y los bombardeos desde mar y aire de 2012 (Operación Pilar defensivo), en represalia por ataques terroristas. Téngase en cuenta además que Israel niega ser con arreglo a Derecho Internacional una “potencia ocupante” en los territorios en disputa pues esta expresión se limita a territorios que hayan contado con soberanía previa, lo que no es a su juicio el caso (más si cabe cuando en los estatutos fundacionales de la OLP en 1964 declaró no reclamar soberanía sobre *Cisjordania*, postura que después cambiaría radicalmente tras la ocupación israelí de 1967 por la guerra de los seis días).

XV.II. Problemas derivados del régimen jurídico

XV.II.1. Su inicio y fin

Con arreglo al art.6⁴⁸³ del IV Convenio de Ginebra el régimen de la ocupación se aplica desde el comienzo del conflicto (*dies a quo*) hasta “*un año después del cese general de las operaciones militares*” (*dies ad quem*).

XV.II.2. La relación de su régimen de duración con las operaciones en ese territorio de rescate de rehenes en su caso

Las obligaciones militares no deben de entenderse cumplidas sino hasta que la Potencia ocupante haya ejercido sus cometidos propios de las “*funciones gubernamentales*” (art.6 citado puesto en relación con varias disposiciones del Convenio, y que ese precepto señala: arts. 1 a 12, 27, 29 a 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 al 77 y 143). De tales disposiciones interesa destacar a los efectos del

⁴⁸³ El Convenio de Ginebra se aplicará desde el comienzo de todo conflicto **u ocupación** mencionados en el artículo 2. En el territorio de las Partes en conflicto, la aplicación del Convenio terminará con el cese general de las operaciones militares. **En territorio ocupado, la aplicación del Convenio terminará un año después del cese general de las operaciones militares**; no obstante, la Potencia ocupante estará obligada mientras dure la ocupación -- si esta Potencia ejerce las funciones de gobierno en el territorio de que se trata --, por las disposiciones de los siguientes artículos del presente Convenio: 1 a 12, 27, 29 a 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 a 77 y 143. Las personas protegidas, cuya liberación, cuya repatriación o cuyo reasentamiento tenga lugar después de estos plazos, disfrutarán, en el intervalo, de los beneficios del presente Convenio.

presente trabajo que, según el art.5, por ejemplo, *“si, en un territorio ocupado, una persona protegida por el Convenio es capturada por espía o saboteadora, o porque se sospecha fundadamente que se dedica a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante, dicha persona podrá quedar privada de los derechos de comunicación previstos en el Convenio, en los casos en que la seguridad militar lo requiera indispensablemente. Sin embargo, en cada uno de estos casos, tales personas siempre serán tratadas con humanidad y, en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el presente Convenio. Recobrarán, asimismo el beneficio de todos los derechos y privilegios de persona protegida, en el sentido del Convenio, en la fecha más próxima posible, habida cuenta de la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante, según los casos.”* Por otra parte, al estar en zonas peligrosas se previene en el art.28 que *“ninguna persona protegida podrá ser utilizada para proteger, mediante su presencia, ciertos puntos o ciertas regiones contra las operaciones militares”*, conculcándose en el art.34 expresamente *“la toma de rehenes”*, por lo que entre las responsabilidades al respecto está también, según el art.3 b) del Protocolo Adicional I de 1977, que se deba de salvaguardar la protección de las personas pendientes de *“liberación definitiva, repatriación o reasentamiento”* -lo que tiene importancia porque se refiere a todo tipo de personas que pueden estar en semejante situación, esto es, desde prisioneros de guerra, refugiados, detenidos o hasta meros retenidos (internados)-.

Dentro de este contexto es importante saber que, de acuerdo con la intangibilidad de derechos prevista en el art. 47, *“no se privará a las personas protegidas que estén en un territorio ocupado, en ninguna circunstancia ni en modo alguno, de los beneficios del presente Convenio, sea en virtud de un cambio ocurrido a causa de la ocupación, en las instituciones o en el Gobierno del territorio de que se trate, sea por acuerdo concertado entre las autoridades del territorio ocupado y la Potencia ocupante, sea a causa de la anexión por esta última de la totalidad o de parte del territorio ocupado.”* Entre esos beneficios, según el art.51, está que *“la Potencia ocupante no podrá forzar a las personas protegidas a servir en sus fuerzas armadas o auxiliares. Se prohíbe toda presión o propaganda tendente a conseguir alistamientos voluntarios. No se podrá obligar a trabajar a las personas protegidas, a no ser que tengan más de dieciocho años; sólo podrá tratarse, sin embargo, de trabajos que requieran las necesidades del ejército de ocupación o los servicios de interés público, la alimentación, el alojamiento, la vestimenta, el transporte o la salud de la población del país ocupado. No se podrá obligar a que las personas protegidas realicen trabajos que las hagan tomar parte en las operaciones militares. (...)”*. Asimismo - dice el art.49- que *“los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de*

*cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo. Sin embargo, la Potencia ocupante podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares. (...)*⁴⁸⁴.

A nuestros efectos, nos interesa sobre todo el caso problemático de que, en conculcación de tales preceptos, haya también *rehenes*. Es decir, que si en esa ocupación, con ocasión o con motivo de ella, se lleva también a cabo *una operación de lucha antiterrorista en la que se incluya el rescate de rehenes*, de acuerdo con una visión sistemática de ese precepto y los anteriores *interpretamos* que el fin oficialmente establecido de la operación antiterrorista como tal, con éxito o sin él, también puede a su vez delimitar el término de la ocupación en su caso: si en esa ocupación se han producido rehenes se entiende que tal instituto bélico no terminará hasta que haya pasado el plazo mínimo previsto (un año), *pero siempre una vez que acabe oficialmente dicha operación, no antes*. El problema es que muchas operaciones de ese tipo tienen que ser necesariamente “secretas”. Por tanto, en la práctica, al no poderse en su caso declarar *oficialmente* su final, y en tanto la situación de apresamientos de rehenes persista (o continúe en sentido contrario porque algunos de los habitantes del territorio ocupado no se abstengan de toda actividad hostil por cuya virtud pierdan su protección estatutaria según el art.5⁴⁸⁵ del IV Convenio de 1949), puede haber la posibilidad de que hubiera ocupaciones ininterrumpidas e interminables.

⁴⁸⁴ **Las evacuaciones no podrán implicar el desplazamiento de personas protegidas más que en el interior del territorio ocupado, excepto en casos de imposibilidad material. La población así evacuada será devuelta a sus hogares tan pronto como hayan cesado las hostilidades en ese sector. La Potencia ocupante deberá actuar, al efectuar tales traslados o evacuaciones, de modo que, en la medida de lo posible, las personas protegidas sean acogidas en instalaciones adecuadas, que los desplazamientos se lleven a cabo en satisfactorias condiciones de salubridad, de higiene, de seguridad y de alimentación, y que no se separe, unos de otros, a los miembros de una misma familia. Se informará a la Potencia protectora acerca de los traslados y de las evacuaciones tan pronto como tengan lugar. La Potencia ocupante no podrá retener a las personas protegidas en una región particularmente expuesta a los peligros de guerra, a no ser que la seguridad de la población o imperiosas razones militares así lo requieran. La Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado.**

⁴⁸⁵ Si, en el territorio de una Parte en conflicto, ésta tiene serias razones para considerar que una persona protegida por el Convenio de Ginebra resulta fundadamente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado, o si se demuestra que se dedica, de hecho, a dichas actividades, tal persona no podrá ampararse en los derechos y privilegios conferidos por el Convenio que, de aplicarse en su favor, podrían causar perjuicio a la seguridad del Estado. Si, en un territorio ocupado, una persona protegida por el Convenio es capturada por espía o saboteadora, o porque se sospecha fundadamente que se dedica a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante, dicha persona podrá quedar privada de los derechos de comunicación previstos en el Convenio, en los casos en que la seguridad militar lo requiera indispensablemente. Sin embargo, en cada uno de estos casos, tales personas siempre serán tratadas con humanidad y, en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el Convenio. Recobrarán, asimismo el beneficio de todos los derechos y privilegios de persona protegida, en el sentido del

XV.II.3. Una solución ante ocupaciones interminables producto de una toma de rehenes

No obstante, como solución que aquí se propone para evitar esta situación de “*impasse*”, que no está hallada bajo el sentir de ningún condicionante político (así atendiendo al “principio de oportunidad” valorable, por ejemplo, en función de la información aportada por los servicios de inteligencia) sino sólo desde un mero punto de vista técnico-jurídico, **creemos** que, *por seguridad jurídica, y sin perjuicio de una recomendable convergencia futura de todas las legislaciones estatales al respecto, habría que estar en todo caso a las legislaciones nacionales implicadas para ver el tiempo máximo previsto en torno a la presunción iuristantum sobre “la situación en que deba de dársele por desaparecido” al rehén en cuanto dato base para entender que tales rehenes deba de considerarles como tales. Caso⁴⁸⁶ de que en esa situación de ocupación los rehenes fueran tan numerosos que pudiera entenderse que las fuerzas ocupantes hubieran perdido el control efectivo del territorio, que es un requisito esencial de su concepto para distinguirlo de otras figuras (como una invasión), a los efectos de considerar acabada esa ocupación, debiera ya de entenderse la operación contraterrorista como una operación “bélica” más del reinicio de las hostilidades, a modo de un “golpe de mano”, bien como una operación de seguridad realizada en su caso “fuera de área” y que pudiera estar a su vez amparada no tanto por la inexistente ocupación como por el estado de necesidad o un imperativo militar de la nueva situación creada⁴⁸⁷.*

Convenio, en la fecha más próxima posible, habida cuenta de la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante, según los casos.

⁴⁸⁶ VITE, S. (2004). “*La aplicabilidad del Derecho Internacional de la ocupación militar a las Organizaciones Internacionales*”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, Vol.nº 86, nº 853, p.13, junto a otros supuestos como la retirada de tropas ocupantes o la conclusión de algún tipo de acuerdo que atribuya un estatuto especial a dichas fuerzas, debiendo significar que el segundo caso aludido de ellos a veces ha tenido lugar por las amenazas cumplidas de elementos terroristas contra tales tropas, así por ejemplo entre los casos más recientes las del *Japón en Iraq tras el 11-S* y tras la constancia grabada y transmitida por Internet de la ejecución de algunos de sus nacionales, factor que, entre otros, hubiera podido influir en su día, por ejemplo, en la decisión política del Presidente Zapatero de la retirada de la fuerza militar española también hasta allí igualmente desplazada en dicho país.

⁴⁸⁷ Téngase presente a este respecto que *el desembarco de Normandía* el 6 de Julio de 1944, por ejemplo, fue una invasión aliada en territorio francés que no llegó a ocupar Francia gracias a la movilización radiofónica de De Gaulle a sus compatriotas para combatir y tomar las armas a la vez, pero cuya población no por ello dejó de ser rescatada de otra invasión anterior, *la nazi*, dentro del contexto de lo que fue una operación bélica propiamente dicha. Sin embargo, a *la invasión* inicial de Kuwait en la primera guerra del Golfo, así como a la invasión iraquí por las fuerzas atlánticas aliadas en la segunda, sí les siguió una progresiva ocupación en la que se incluyeron algunos rescates de cierta parte de su población que estaban enmarcados dentro del contexto de operaciones contraterroristas puramente militares y que, a su vez, podían estar previamente planeadas antes, es decir, en las operaciones no menos bélicas del conflicto y no tanto durante la ocupación. Otro ejemplo de la diferente casuística que se puede dar es que la operación de rescate, sea o no de lucha contraterrorista, en todo caso también se puede dar en la estrategia bélica con el motivo y pretexto de querer llegar a ocupar. Ese fue también el caso de *la liberación del Alcázar de Toledo en la guerra civil por los nacionales*, en la medida en que estratégicamente coincidió su espera con la de ir en el avance del frente hacia Madrid, pasando por Toledo, en el momento precisamente ya propicio y no otro.

XV.III. EL Orden público y la Seguridad

La meta de la autoridad ocupante será conseguir restaurar y asegurar *el orden público y la seguridad* (art.43⁴⁸⁸ del Reglamento Anexo a la IV Convención de la Haya de 1907), debiéndose tener presente hoy en día a estos efectos que, como referencia a tenerse en cuenta, incluso en tiempo de paz, para nuestro Tribunal Constitucional⁴⁸⁹(TC), hay dos conceptos de Seguridad Pública: uno amplio y otro estricto.

XV.III.1.Dos conceptos de Seguridad Pública

El primero se refiere a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, *que es el que aquí nos estamos refiriendo principalmente porque sitúa de modo predominante a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad hasta permitir la coexistencia policial y de otra fuerza armada distinta como, por ejemplo, al ejército en la lucha antiterrorista*; y otro estricto en el que su ámbito normativo puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la “policía de seguridad” hasta comprender las atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas, que es lo que ocurre, por ejemplo, con la protección civil, ya que el concepto de seguridad se va haciendo cada vez más “integral”.

XV.III.2. El alcance jurídico del concepto de Orden Público

Por su parte, también nuestro Tribunal Supremo⁴⁹⁰(TS) significa en cuanto al concepto de orden público (como la base supuesta de *expulsión a extranjero*) que conforme a la jurisprudencia del TC debe de entenderse por tal “*los actos contrarios al normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*”; no lo es -invocando el *asunto C-348/96 Donatella Calfa del TJCE*⁴⁹¹ la falta de integración social en el medio o la conflictividad de la persona (por ejemplo, la manifestada por la mera existencia de condenas penales) un pretexto jurídico suficiente como para expulsar al extranjero.

⁴⁸⁸ Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país.

⁴⁸⁹ Vid.STC 25/2004, Sala 2º, de 26 de febrero, donde fue Ponente Dª Elisa Pérez Vera en el recurso de amparo nº 5743-2001 promovido por Frasna, S.A contra el Ayuntamiento de Santander respecto al cierre de una discoteca.Vid. Antecedente 10 y FJ 6 fundamentalmente.

Sobre la evolución cada vez más integral de la Seguridad vid. **MOURE COLÓN, F** (2014). *Armonización de las líneas de acción de la estrategia integral de seguridad de la comunidad Internacional: aportación española*, Mº del Interior, Ed.Dykinson, S.L, Madrid, pp.41-44.

⁴⁹⁰ Vid.**STS, Sala 3º, Sección 6º, de 23 de septiembre de 2003.**

⁴⁹¹ Vid Anexo I.

XV.IV. El Bando militar

XV.IV.1. Concepto

Un bando militar no es más que un aviso solemne y de raigambre histórica, formulado a modo de “orden” -cuando sobre todo no hay normas- ante el vacío de poder que suele generar desde el principio un conflicto armado; orden por la que la autoridad de tal condición, en determinadas circunstancias como las aquí contempladas, si bien sólo le permite recordar a sus destinatarios cuáles son las normas que la autoridad que lo dicta piensa observar y aplicar, so pena de que *su transgresión supone de por sí un delito militar de desobediencia* previsto y tipificado en la mayoría de legislaciones penales militares estatales, así la española en el art.63 del CPM de 1985 (actual 30, pero ya como un delito propio - y no de desobediencia del art.44-).

XV.IV.2. Requisitos y Naturaleza

Para poder conseguir legítimamente la anterior finalidad expuesta, la Potencia ocupante debe respetar las leyes vigentes en el territorio con antelación a su ocupación, *a no ser que sea del todo imposible o que transgredan el debido respeto a los derechos humanos*, de modo y manera que en último extremo la norma vigente podría ser hasta incluso un bando militar propio de la Potencia ocupante de carácter más novedoso y no sólo recordatorio. No deja, pues, de ser el bando militar una fuente *excepcional* de Derecho Militar (fundamentalmente en su ámbito administrativo y penal) en la medida en que tiene *una naturaleza especial, extraordinaria y temporal* muy propicia para la regulación de las circunstancias como las que aquí estamos tratando u otras fácticamente similares como las provocadas por los movimientos sublevados o insurrectos en un conflicto interno, *entre ellos los de carácter fundamentalmente también terrorista si el caso se diera*.

XV.IV.3. El debate de su valor como norma

En *España*, a raíz de la entrada en vigor de nuestra actual *Carta Magna*, la doctrina ha discutido cuál es su valor como norma jurídica. Podría interpretarse que el bando militar no puede afectar al contenido esencial de derechos fundamentales y libertades públicas porque, de acuerdo con el art.81 de la CE, es una materia reservada a Ley Orgánica. Esta es una postura defendida por **CEREZO MIR**⁴⁹², pero lo cierto es que la Ley del estado de alarma, de sitio y de excepción ya tiene tal rango y naturaleza normativa, la Ley Orgánica 4/1981,

⁴⁹² **CEREZO MIR**. (1985). “Curso de derecho Penal español. Parte General”, Madrid, 1985, p.156.

mencionando de forma expresa en su art.34⁴⁹³ a los bandos militares, a modo de lo que en tiempo de normalidad sería un Decreto-Ley, pero llegando a él por la vía de esa Delegación legislativa, extremo que da lugar a que el sector doctrinal mayoritario, entre el que destacamos a **HIGUERA GUIMERA**⁴⁹⁴, llega incluso a distinguir entre *tiempo* de guerra y *estado* de guerra, de modo y manera que si en la primera situación se pueden crear delitos en la segunda no, situación de estado de guerra donde la jurisdicción militar sólo conocerá de los ya existentes.

XV.IV.4. Directrices para su propia confección

Por tanto, habida cuenta la razón de ser de la ocupación, en caso de vacíos de ley entendemos que se debiera antes agotar por la autoridad ocupante el estudio y enseñanza de la propia jurisprudencia e idiosincrasia local, pero siempre que estuviera de acuerdo con la normativa consuetudinaria universal, incluyendo así como posible hasta la aplicación de una permitida ley marcial, como la que acabamos de señalar (el bando militar, si cabe), que en cuestiones hasta ya propiamente operativas como las de unas reglas de enfrentamiento (o empeñamiento), *según las condiciones políticas, legales y militares que siempre las determinan*, también al fin y al cabo pudiera verse obligado el Gobierno afectado a tenerlas que confeccionar, en su caso, no sólo para sus propias fuerzas, sino las de la propia población ocupada para su propia seguridad, siguiendo siempre y en todo momento la pauta mínima exigida por las siguientes directrices que los propios Convenios de la Guerra estipulan.

XV.V. Las Medidas de índole civil y patrimonial

XV.V.1. El Alcance de la posesión creada por la ocupación

Si nos preguntamos por el título y alcance de la posesión creada por la ocupación, el art.55 del RGT II "reglamentario" estipula que "*el Estado ocupante no se considerará más que como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, montes y explotaciones agrícolas pertenecientes al Estado enemigo y que se encuentran en el país ocupado; deberá ser salvaguardia del fondo de estas propiedades y administrarlas según las reglas del usufructo*". Por tanto, el Estado ocupante nunca será propietario de ningún inmueble cuya posesión efectiva hubiera podido ser en su caso hipotéticamente transferida a un soldado, expresa o tácitamente, mediante la simple *traditio* o entrega de llaves. Sólo le habría cedido el derecho de su usufructo o, si así se puede considerar también, el del derecho de habitación.

⁴⁹³ La Autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio.

⁴⁹⁴ Así en **CEREZO MIR**. (1985). *Curso de derecho Penal español. Parte General*, Madrid, p.156.

XV.V.2. Los derechos y obligaciones consecuentes para el soldado

Ese soldado, pues, tendría los siguientes derechos y obligaciones⁴⁹⁵.

XV.V.3. Medidas patrimoniales: La diferencia entre pillaje y saqueo

Se respeta la propiedad privada (arts. 46 y 55 del Reglamento Anexo de la IV Convención de la Haya de 1907). A nuestros efectos, y como medida práctica de lucha contraterrorista, de acuerdo con los arts.55 y 57 del IV Convenio de Ginebra de 1949 y el art.14 de su Protocolo I Adicional se podrán hacer *requisas* por necesidad de Ejército, aunque limitadas al ámbito sanitario, de transporte, y de víveres, siempre que quede atendida la población civil, y con la consiguiente indemnización como regla consuetudinaria internacionalmente ya cristalizada, que también abarca la prohibición de que esa requisita lo sea de servicio del personal ocupado, no ya para combatir, sino para tomar parte en operaciones militares contra sus propios compatriotas o la imprudente dejación de cuidar instalaciones o materiales militares.

Resulta aquí trascendente diferenciar entre pillaje y saqueo, que están formalmente prohibidos (**art.47 del RGT II**)⁴⁹⁶: El pillaje consiste en la acción de apropiarse de un bien (cualquiera que sea, ya agrícola, ya de alimentación, etc.) sin el consentimiento del propietario y con la intención de privarle a su dueño de ese bien y apropiarse de él para su uso privado y personal. A efectos penales concurrirá sólo una causa de justificación que determinará la falta de anti-juricidad de la conducta y su consiguiente impunidad cuando la apropiación sea necesaria *por necesidades militares imperiosas o imperativas*, juicio de valor que no corresponde tomar a cada miembro de la dotación individualmente sino al más alto Jefe militar de la Fuerza. El saqueo, por su parte, es lo mismo que el pillaje, pero a gran escala; es decir, un pillaje sistemático *en el que, además, suele intervenir algún tipo de fuerza en las cosas o violencia en las personas* para conseguir el apoderamiento de los bienes de que se trate. Tanto en uno como en otro caso cabe decir que para que la conducta se consuma (se termine y no constituya un mero intento) con carácter ya punible, en la gravedad que corresponda –bien como falta o incluso delito–, es preciso que se haya producido *la efectiva apropiación del bien ajeno por parte de uno, que ha de haberlo integrado en su patrimonio incluso*

⁴⁹⁵ Vid Anexo I.

⁴⁹⁶ Existe una larga tradición, como lo demuestra la antigüedad de la legislación internacional al respecto (tanto el **art.32, a) del Manual de Oxford** relativo a la guerra naval, como los **arts. 28 y 47 del Reglamento Anejo a las Convenciones de la Haya II de 1899 y IV de 1907** para la guerra terrestre, **art. 33 del Convenio IV de 1949** y **art.4.3 de la Convención de la Haya de 14.V.54**), e incluso ya la más moderna (**art.8.2, letra b) apartado xviii del Estatuto de Roma**), a su vez desarrollada por la legislación nacional, en que el pillaje y la rapiña quedan formalmente prohibidos bajo cualquier forma que se practique *para no perjudicar en tiempo de guerra sobre todo ni a la población civil ni a los propios miembros de las Fuerzas Armadas que en cualquier momento puedan verse en la necesidad imperiosa de necesitarlos, así como también a sus legítimos dueños.*

cuando fuese por cortísimo tiempo (es decir, encontrado en su ámbito de posesiones: taquillas, mochila o guardado en cualquier otro lugar concreto).

XV.VI. Medidas de índole administrativo

XV.VI.1. Las Autoridades funcionariales

Desde el punto de vista de autoridad administrativa, casi pudiéramos decir "fideicomisaria", en cuanto al *funcionariado local ordinario* no habrá mayor problema que el de permitir su continuidad en sus puestos de trabajo, sin perjuicio -a nuestro juicio- de considerar aplicarles en semejante contexto *medidas de aseguramiento de su lealtad y confianza (la institución alemana del "Berufsvot", por ejemplo)*, extremo que a pesar de esa cautela no ocurre lo mismo con *los altos*⁴⁹⁷ *funcionarios* (toda vez que, de acuerdo con el art.54⁴⁹⁸ del IV Convenio de 1949, deben cesar de sus puestos: en caso contrario serían unos desleales a "su" "Gobierno"). Asimismo, según el art. 51 del mismo Texto es importante destacar, a nuestros efectos, que la policía del lugar no debe de ser requerida por la Potencia ocupante para que ayude a ejecutar órdenes tendentes a emplear a la población civil con finalidad militar o para que participe directamente en las hostilidades si aún las hubiera.

XV.VI.2. Las prohibiciones, con carácter general, de medidas contra natura a la institución de la ocupación

Podemos destacar a los efectos de este trabajo:

- La prohibición de colonización o conquista. Según el art.49 del cuarto Convenio de Ginebra, le está vedada, es decir, no podrá transferir una parte de su población nacional en su caso evacuada.
- Deportar a la población del territorio ocupado (art.49 del IV Convenio de Ginebra) salvo el tener que evacuarla o de obligarle a establecer una residencia forzosa o de internamiento por razones "imperiosas" de su

⁴⁹⁷ Así según **MECHELYNK, A.** (1915). *La Convención de la Haya, Gand.*

⁴⁹⁸ *Magistrados y funcionarios. Está prohibido que la Potencia ocupante modifique el estatuto de los funcionarios o de los magistrados del territorio ocupado o que dicte contra ellos sanciones o cualesquiera medidas de coacción o de discriminación por abstenerse de desempeñar sus funciones basándose en consideraciones de conciencia. Esta última prohibición no ha de ser óbice para la aplicación del párrafo segundo del artículo 51 (No se podrá obligar a trabajar a las personas protegidas, a no ser que tengan más de dieciocho años; solo podrá tratarse, sin embargo, de trabajos que requieran las necesidades del ejército de ocupación o los servicios de interés público, la alimentación, el alojamiento, la vestimenta, el transporte o la salud de la población del país ocupado. No se podrá obligar a que las personas protegidas realicen trabajos que las hagan tomar parte en las operaciones militares. La Potencia ocupante no podrá obligar a las personas protegidas a garantizar por la fuerza la seguridad de las instalaciones donde lleven a cabo un trabajo impuesto.) Deja intacto el poder de la Potencia ocupante para privar de sus cargos a los titulares de funciones públicas.*

seguridad, y nunca fuera de los límites del territorio ocupado, con alojamientos dignos y sin separación de familia.

- Forzar o requerir a la población a realizar trabajos necesarios para las fuerzas ocupantes o utilidad pública, abastecimiento, transporte o mantenimiento de la sanidad y salud públicas; en ningún caso por operaciones militares y siempre con exclusión de los menores de dieciocho años (art.51 de la IV Convención de Ginebra). La legislación laboral que se tenía antes de la ocupación se respetará.
- La “retención” de personas civiles en zonas peligrosas (art.49 del IV Convenio de Ginebra).
- La toma de rehenes. Se prohíbe implícitamente en un país ocupado tomar rehenes por aplicación del art.50 del RGT II y IV, que ambos dicen textualmente: *"Ninguna pena general, pecuniaria o de otro tipo, podrá ser impuesta a la población como consecuencia de actos individuales de los cuales no puedan ser considerados solidariamente responsables"*.
- No respetar las convicciones religiosas y de culto (art.58 IV Convenio de Ginebra).

XV.VII. Las medidas de índole penal con alcance jurisdiccional

XV.VII.1. La legislación aplicable

De acuerdo con los arts.64 a 77 del IV CG, al tratar de la legislación penal, en sus generalidades, dispone que *“permanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. A reserva de esta última consideración y de la necesidad de garantizar la administración efectiva de la justicia, los tribunales del territorio ocupado continuarán actuando con respecto a todas las infracciones previstas en tal legislación. Sin embargo, la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice.”* Por lo que se refiere a su publicación, *“las disposiciones penales promulgadas por la Potencia ocupante no entrarán en vigor sino después de haber sido publicadas y puestas en conocimiento de la población en el idioma de ésta. No podrán surtir efectos retroactivos”*.

XV.VII.2. El procedimiento penal en general

El procedimiento: Es similar al de prisioneros de guerra. El procedimiento penal seguido contra los habitantes del territorio, estuvieran o no previamente sometidos a medidas de seguridad, es *análogo al relativo a los prisioneros de guerra sabiendo, como vimos, que los principios* que rigen el trato de los prisioneros de guerra son: a) que deben ser tratados siempre con humanidad, b) tienen pleno derecho a su dignidad personal, a su honor y respeto a su rango militar, c) tienen derecho a ser mantenidos gratuitamente, d) tienen derecho a no ser discriminados con respecto a otros prisioneros de guerra. De esta forma el Derecho de la Guerra establece condiciones y límites procesales sobre detenciones por actos cometidos con anterioridad a la ocupación, información a la Potencia Protectora en su caso, garantías de defensa, recursos y apelaciones, plazos y régimen penitenciario. En cuanto a sus garantías judiciales los prisioneros de guerra acusados en virtud de la legislación de la Potencia detenedora por actos cometidos antes de haber sido capturados disfrutarán, aunque sean condenados, de los beneficios del III Convenio de Ginebra (art.85)⁴⁹⁹. Salvo que incurran en sanciones penales o disciplinarias durante el cautiverio no podrán ser encerrados ni confinados excepto en el caso de que tal medida sea necesaria para la protección de su salud (art.21, III Convenio)⁵⁰⁰. Salvo en casos especiales justificados por el propio interés de los prisioneros, estos no serán internados en penitenciarías (art.22, III Convenio)⁵⁰¹. Las condiciones de alojamiento de los prisioneros de guerra serán tan favorables como las del alojamiento de las tropas de la Potencia detenedora acantonadas en la misma zona (art.25, III Convenio)⁵⁰². El traslado de los prisioneros se efectuará siempre con humanidad y en condiciones que no deberán ser menos favorables que las de las tropas de la Potencia detenedora en sus desplazamientos (art.46, III Convenio)⁵⁰³.

En el art.99 y ss (III C) se norma el control internacional de las diligencias penales emprendidas por una Potencia de la que un prisionero de guerra no es nacional. Se exige que las personas protegidas sean juzgadas por los mismos Tribunales y según el mismo procedimiento que los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora (art.102). Y la Potencia detenedora debe

⁴⁹⁹ Sus garantías concretas son: derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial (**art.84 III C**), derecho a ser informado de los cargos formulados en su contra (**art.104 III C**), derecho a la defensa, a ser defendido por un abogado "*calificado*" y a un intérprete (**arts. 99 y 105 III C**), principio de legalidad penal *nullum crimen sine lege* (**art.99 III C**), principio *non bis in idem* (**art.86 III C**), El derecho a ser informado de sus derechos de recurso (**art.106 III C**), La prohibición de dictar condenas y de las ejecuciones sin previo juicio ante Tribunal legítimamente constituido con garantías judiciales reconocidas como indispensables "*por los pueblos civilizados*" (**art.3 común cuatro Convenios**), La *irrenunciabilidad* de los derechos conferidos por el DIH (**art.7 común también a los cuatro Convenios de Ginebra**).

⁵⁰⁰ Vid Anexo I.

⁵⁰¹ Vid. Anexo I.

⁵⁰² Vid. Anexo I.

⁵⁰³ Vid. Anexo I.

notificar cualquier procedimiento judicial contra una persona protegida a la Potencia protectora o al CICR. Según el art.108 las Sentencias dictadas contra los prisioneros de guerra se cumplirán en los mismos establecimientos y en las mismas condiciones que para los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora.

XV.VII.3. Las Penas

En las disposiciones de índole penal promulgadas por la Potencia ocupante de conformidad con los artículos 64 y 65 no se puede prever la pena de muerte con respecto a las personas protegidas más que en los casos en que éstas sean culpables de espionaje, de actos graves de sabotaje contra las instalaciones militares de la Potencia ocupante o de infracciones intencionales que causen la muerte de una o de varias personas, y a condición de que, en la legislación del territorio ocupado, vigente antes del comienzo de la ocupación, se prevea la pena de muerte en tales casos. No podrá dictarse sentencia de muerte contra una persona protegida más que después de haber llamado la atención del tribunal, en particular acerca del hecho de que el acusado, por no ser súbdito de la Potencia ocupante, no está obligado con respecto a ella por deber alguno de fidelidad. En ningún caso podrá dictarse sentencia de muerte contra una persona protegida cuya edad sea de menos de dieciocho años cuando cometa la infracción."

La condena. Para que sea ajustada a Derecho se exige que se guarden siempre las normas de proporcionalidad de las penas, de forma que de acuerdo con el art.68⁵⁰⁴ del IV Convenio de 1949 no puede ser excesiva con respecto al daño efectivamente causado. No obstante, hay determinados delitos tales como el de espionaje y actos graves de sabotaje contra la Potencia ocupante, o aquellas infracciones internacionales que hayan causado la muerte de personas *y que, por tanto, no tienen por qué ser sólo las de terrorismo*, en la medida en que por su importancia pertenezcan a la similar categoría de *Derecho de Gentes*, que podrán ser castigados con la pena de muerte siempre y cuando no sólo la prevea como tal la Potencia ocupante sino la propia legislación del territorio ocupado antes de producirse tal hecho. *Sadam Husein*, por ejemplo, fue ejecutado, pero en aplicación de su propia ley y estando *Iraq*, de hecho, aún ocupada. Asimismo, al tener en cuenta la condena y la distinción de regímenes según hablemos de

⁵⁰⁴ Cuando una persona protegida cometa una infracción únicamente para perjudicar a la Potencia ocupante, pero si tal infracción no implica atentado a la vida o a la integridad corporal de los medios de las fuerzas o de la administración de ocupación, si no origina un serio peligro colectivo y si no atenta gravemente contra los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación o contra las instalaciones por ellas utilizadas, esa persona es punible de internamiento o de simple encarcelamiento, entendiéndose que la duración del internamiento o del encarcelamiento será proporcionada a la infracción cometida (...).

“bandoleros”, “guerrilleros”, “meros delincuentes” o “terroristas” habrá que analizar, en su caso, como en *España*, la motivación⁵⁰⁵ ideológica.

XV.VII.4. La detención preventiva

Sobre la detención preventiva se prevé que “*en todos los casos, la duración de la detención preventiva será deducida de cualquier castigo de encarcelamiento a que sea condenada una persona protegida*”, mientras que respecto de las infracciones cometidas antes de la ocupación “*Las personas protegidas no podrán ser detenidas, procesadas o condenadas por la Potencia ocupante a causa de actos cometidos o de opiniones expresadas antes de la ocupación o durante una interrupción temporal de ésta, exceptuadas las infracciones contra las leyes y costumbres de la guerra (entre ellas, por terrorismo)*. Los súbditos de la Potencia ocupante que, antes del comienzo del conflicto, hayan buscado refugio en el territorio ocupado no podrán ser detenidos, procesados, condenados o deportados fuera del territorio ocupado, si no es por infracciones cometidas después del comienzo de las hostilidades o por delitos de derecho común cometidos antes del comienzo de las hostilidades que, según la legislación del Estado cuyo territorio está ocupado, habrían justificado la extradición en tiempo de paz (caso de terrorismo)”.

Internamiento. En materia de posibles internamientos (u “órdenes de exclusión”) ya en tiempo ordinario la Administración militar de *España*, de acuerdo con las STC de 15 de junio de 1981 y 12 de mayo de 1982, puede en virtud de su ley disciplinaria imponerlos apoyándose en el famoso caso⁵⁰⁶ *Engel v. Netherland*, toda vez que por la reserva⁵⁰⁷ del Gobierno hecha en su momento a los arts. 5 y 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos ese mismo Tribunal de *Estrasburgo* (cuya doctrina ya dejó fijada en tal supuesto citado), por lo que se refiere a *España*, no es además competente para juzgarlo en su caso.

⁵⁰⁵ Es actualmente un agravante contemplada en nuestro **Código Penal de 1995**. Pese a la crítica doctrinal que ello supuso por referirse al aspecto motivacional de la conducta y la dificultad de su apreciación en su caso (Derecho Penal de autor), dicha agravante fue introducida con carácter claramente urgente en el **anterior número 17 del art.10 del CP de 1973**, en fecha tan solo en unos meses anterior a la adopción del CP de 1995 por **Ley O. 4/1995 de 11 de Mayo**. Atendió su aparición a una preocupación política suscitada a su vez por la alarma social provocada por el incremento de actos delictivos contra las personas y el patrimonio con transfondo xenófobo y racista y relacionados con los orígenes étnicos o nacionales o con la ideología, religión o creencias de la víctima.

⁵⁰⁶ Los hechos recogidos por la Sentencia de 8 de junio de 1976 del TEDH, en versión inglesa, son los siguientes: “*All applicants were, when submitting their applications to the Commission, conscript soldiers serving in different non-commissioned ranks in the Netherlands armed forces. On separate occasions, various penalties had been passed on them by their respective commanding officers for offences against military discipline. The applicants had appealed to the complaints officer (beklagmeerdere) and finally to the Supreme Military Court (Hoog Militair Gerechtshof) which in substance confirmed the decisions challenged but, in two cases, reduced the punishment imposed.*”

⁵⁰⁷ Vid Anexo I.

Los casos especiales de Movilización y militarización, la ampliación de plazo de detenciones y arrestos, la medida de incomunicación judicial del detenido y los interrogatorios policiales. De hecho, en España, también en el art.12.2⁵⁰⁸ de la Ley O. 4/1981 puesto en relación con el art.22⁵⁰⁹ de la Ley 5/05, de 17.11 de Defensa Nacional se prevé la figura de “la movilización” (disposición permanente de los recursos, hoy el reservismo voluntario y obligatorio), por lo que en casos como el aquí comentado cabría perfectamente, en base de tal medida o la de la militarización, reintroducir medidas administrativas privativas de libertad y no solo criminológica o penalmente cautelares cuya proscripción, por tanto, no alcanza el art.25.3 de la CE para tiempo ordinario. *Otra cosa es que no sólo en materia de detenciones y arrestos también se puedan ampliar los plazos ordinarios de estándar comparado europeo y democrático, esto es, el de tres días del art.17 de la CE estipulado como máximo, sino que al menos en España tal espacio de tiempo incluso se puede aprovechar para que la policía –no sólo el Juez instructor- haga interrogatorios a sospechosos, toda vez que el art.520⁵¹⁰ de la LECRIM -tras su reforma de 4.XII.1978- lo reguló expresamente. Nosotros, en supuestos de delincuencia común, creemos sin embargo que esto sí podría ocasionar indefensión porque se trataría de una prueba fácilmente antes conseguida por el Fiscal que el defensor, quebrándose el principio de igualdad procesal de las partes. No así en casos de terrorismo, que es excepción prevista en el art.55.2⁵¹¹ de la CE y, por ejemplo, ya aplicada en el caso⁵¹² de Santiago Corella “El Nani” (pese a ser incluso este un delincuente común, lo que constituyó un abuso). La prórroga del plazo de tres a siete días por el Juez siempre que su necesidad la haya contemplado dentro de los tres primeros días de la detención también ha sido de*

⁵⁰⁸ En los casos previstos en los apartados c) y d) del art. 4º el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo.

⁵⁰⁹ 1. El Gobierno establecerá los criterios relativos a la preparación y disponibilidad de los recursos humanos y materiales no propiamente militares para satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional en situaciones de grave amenaza o crisis, teniendo en cuenta para su aplicación los mecanismos de cooperación y coordinación existentes entre los diferentes poderes públicos.

⁵¹⁰ 1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

⁵¹¹ 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

⁵¹² Vid.STS 25 de junio de 1990.

hecho aplicada al caso del terrorismo etarra en base al art.13⁵¹³ de la Ley 9/84, o la incomunicación del detenido hasta un máximo de diez días con la sola asistencia de un abogado de oficio, gratuito o no, mientras se fuera investigado (art.15)⁵¹⁴. Por su parte, la L O. 4/1988 que introdujo el art.520 bis⁵¹⁵ de la LECRIM (como consecuencia del FJ octavo de la STC de 16 de diciembre de 1987) permitía la prolongación de la detención hasta dos días como máximo siempre que se solicitara la prórroga en los dos días siguientes a la detención practicada y se autorizase por el Juez de Instrucción dentro del día siguiente, al igual que en Resolución motivada sobre la petición de incomunicación efectuada si así fuera.

XV.VII.5. Las Diligencias penales

En cuanto a las generalidades de las diligencias penales “*Los tribunales competentes de la Potencia ocupante no podrán dictar condena alguna a la que no haya precedido un proceso legal. Se informará a todo acusado enjuiciado por la Potencia ocupante sin demora, por escrito y en un idioma que comprenda, acerca de cuantos cargos se hayan formulado contra él; se instruirá la causa lo más rápidamente posible. Se informará a la Potencia protectora acerca de cada proceso incoado por la Potencia ocupante contra personas protegidas, cuando los cargos de la acusación puedan implicar sentencia de muerte o castigo de*

⁵¹³ Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución (BOE, núm. 3, de 03 de enero de 1985), cuyo art.13 disponía: “(Detención preventiva) Los detenidos, por hallarse comprendidos en esta Ley, serán puestos a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención preventiva podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez, antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término de veinticuatro horas, denegará o autorizará la prolongación propuesta.

⁵¹⁴ Incomunicaciones: 1. La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo establecido en los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de incomunicación. 2. Toda diligencia o resolución judicial, derivada o no de los procedimientos incoados en virtud de esta Ley, que puede afectar a la incomunicación acordada debe ser adoptada por los órganos jurisdiccionales competentes según esta Ley.

⁵¹⁵ (Artículo 520 bis introducido por L.O. 4/1988, 25 mayo («B.O.E.» 26 mayo), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal): 1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada. 2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente. 3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

encarcelamiento de dos o más años; dicha Potencia podrá siempre informarse acerca del estado del proceso. Además, la Potencia protectora tendrá derecho a conseguir, si la solicita, información de toda índole sobre tales procesos y sobre cualquier otra causa incoada por la Potencia ocupante contra personas protegidas. La notificación a la Potencia protectora, tal como está prevista, deberá efectuarse inmediatamente, y llegar, en todo caso, a la Potencia protectora tres semanas antes de la fecha de la primera audiencia. Si al iniciarse las diligencias penales no se aporta prueba de haber sido íntegramente respetadas las disposiciones del presente artículo, no podrá tener lugar la audiencia. La notificación deberá incluir, en particular, los elementos siguientes: a) identidad del acusado; b) lugar de residencia o de detención; c) especificación del cargo o de los cargos de la acusación (con mención de las disposiciones penales en las que se base); d) indicación del tribunal encargado de juzgar el asunto; e) lugar y fecha de la primera audiencia.” Garantías de la audiencia, anotamos las previstas sobre la forma de prestarse⁵¹⁶.

XV.VII.6. El Derecho de defensa

Por lo que al derecho de defensa se refiere *“todo acusado tendrá derecho a hacer valer los medios de prueba necesarios para su defensa y podrá, en especial, hacer que se cite a testigos. Tendrá derecho a ser asistido por un defensor calificado de su elección, que podrá visitarlo libremente y que recibirá las facilidades necesarias para preparar su defensa. Si el acusado no elige defensor, la Potencia protectora le proporcionará uno. Si el acusado debe responder de una acusación grave y si no hay Potencia protectora, la Potencia ocupante deberá, previo consentimiento del acusado, proporcionarle un defensor. A todo acusado, a no ser que renuncie voluntariamente, asistirá un intérprete tanto durante la instrucción de la causa como en la audiencia ante el tribunal. Podrá, en todo momento, recusar al intérprete y solicitar su sustitución”*.

⁵¹⁶ En todo caso, *las preguntas serán directas, no capciosas ni sugestivas*, prohibiéndose utilizar con el detenido cualquier género de coacción o amenaza (otras garantías al respecto son el procedimiento *habeas corpus* de la **Ley O. 6/1984**, el Control parlamentario de los **arts.55.2 y 66.2 de la CE**, y la tipificación en el CP de la detención ilegal y la tortura), tal como así se regula en la **LECRIM**, cabiendo la suspensión de ese interrogatorio si ha perdido su serenidad del juicio por la prolongación de su tiempo, hasta descansar y volver en su caso a la calma. No cabe así ningún tipo de opresión en su desarrollo. Fijémonos que estas cautelas no dejan de tener sino un mismo origen, *el Derecho de Gentes*, puesto que también a nivel de legislación bélica se mantienen incólumes por aplicación de la *Cláusula Martens*, entre otros preceptos que se indican de continuo de forma concordante.

XV.VII.7. El Derecho a recurso

Anotamos cómo se previene este derecho⁵¹⁷.

XV.VII.8. El Juicio y fallo

En los juicios “los representantes de la Potencia protectora tendrán derecho a asistir a la audiencia de cualquier tribunal que juzgue a una persona protegida, a no ser que el juicio haya de tener lugar, excepcionalmente, a puerta cerrada en interés de la seguridad de la Potencia ocupante; ésta avisará entonces a la Potencia protectora. Se deberá remitir a la Potencia protectora una notificación en la que conste la indicación del lugar y de la fecha de comienzo del juicio. Cuantas sentencias se dicten que impliquen la pena de muerte o el encarcelamiento durante dos o más años, habrán de ser comunicadas, con indicación de los motivos y lo más rápidamente posible, a la Potencia protectora; comportarán una mención de la notificación efectuada de conformidad con el artículo 71 y, en caso de sentencia que implique castigo de privación de libertad, la indicación del lugar donde haya de cumplirse. Las otras sentencias serán consignadas en las actas del tribunal y podrán examinarlas los representantes de la Potencia protectora. En el caso de una condena a pena de muerte o a un castigo de privación de libertad de dos o más años, los plazos de apelación no comenzarán a correr más que a partir del momento en que la Potencia protectora haya recibido comunicación de la sentencia”. Si hubiera sentencia de pena capital “en ningún caso podrá negarse a los condenados a muerte el derecho a solicitar el indulto. No se ejecutará ninguna sentencia de muerte antes de que expire un plazo de, por lo menos, seis meses a partir del momento en que la Potencia protectora haya recibido la comunicación de la sentencia definitiva confirmando la condena de muerte o la decisión de denegar el indulto. Este plazo de seis meses podrá abreviarse en ciertos casos concretos, cuando de circunstancias graves y críticas resulte que la seguridad de la Potencia ocupante o de sus fuerzas armadas esté expuesta a una amenaza organizada; la Potencia protectora recibirá siempre notificación de tal reducción de plazo y tendrá siempre la posibilidad de dirigir a tiempo solicitudes a las autoridades de ocupación competentes acerca de tales condenas a muerte”.

⁵¹⁷ También se previene el derecho a recurrir en la medida en que “todo condenado tendrá derecho a recurrir a los procedimientos de apelación previstos en la legislación aplicada por el tribunal. Se le informará plenamente acerca de sus derechos de apelación, así como de los plazos señalados para ejercerlos. El procedimiento penal previsto en la presente Sección se aplicará, por analogía, a las apelaciones. Si en la legislación aplicada por el tribunal no se prevén recursos de apelación, el condenado tendrá derecho a apelar contra la sentencia y la condena ante la autoridad competente de la Potencia ocupante”.

XV.VII.9. La entrega y trato del reo

Anotamos cómo se debe realizar⁵¹⁸. En suma: sólo en caso de que la legislación local constituya, según los términos del art.64 del IV Convenio de Ginebra de 1949, “una amenaza para la seguridad de la Potencia ocupante” o un obstáculo para la aplicación del Derecho de la guerra en lo referente a la protección humanitaria debida a las personas civiles en tiempo de guerra, el ocupante no sólo no respetará la legislación penal en vigor del territorio ocupado sino que la podrá derogar o suspender e incluso legislarla *ex novo*.

XV.VIII. El problema de las jurisdicciones concurrentes

XV.VIII.1. La competencia jurisdiccional en general

En cuanto a Tribunales competentes, “la Potencia ocupante podrá someter a los acusados, en caso de infracción de las disposiciones penales por ella promulgadas en virtud del párrafo segundo del artículo 64, a sus tribunales militares, no políticos y legítimamente constituidos, a condición de que éstos funcionen en el país ocupado. Los tribunales de apelación funcionarán preferentemente en el país ocupado”. “Los tribunales sólo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los Principios generales del Derecho, especialmente por lo que atañe al principio de la proporcionalidad de las penas. Deberán tener en cuenta el hecho de que el acusado no es súbdito de la Potencia ocupante.” También indirectamente prevé como castigo la pena de muerte para las personas no protegidas al decir que “Cuando una persona protegida cometa una infracción únicamente para perjudicar a la Potencia ocupante, pero si tal infracción no implica atentado a la vida o a la integridad corporal de los medios de las fuerzas o de la administración de ocupación, si no origina un serio peligro colectivo y si no atenta gravemente contra los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación o contra las instalaciones por ellas utilizadas, esa persona es punible de internamiento o de simple encarcelamiento, entendiéndose que la duración del internamiento o del encarcelamiento será proporcionada a la infracción cometida. Además, el

⁵¹⁸ Por último, en cuanto al trato debido a los detenidos y de su entrega al final de la ocupación está previsto que “Las personas protegidas inculpadas quedarán detenidas en el país ocupado y, si son condenadas, deberán cumplir allí su castigo. Estarán separadas, si es posible, de los otros detenidos y sometidas a un régimen alimenticio e higiénico suficiente para mantenerlas en buen estado de salud y correspondiente, por lo menos, al régimen de los establecimientos penitenciarios del país ocupado. Recibirán la asistencia médica que su estado de salud requiera. También estarán autorizadas a recibir la ayuda espiritual que soliciten. Las mujeres se alojarán en locales separados y bajo la vigilancia inmediata de mujeres. Habrá de tenerse en cuenta el régimen especial previsto para los menores de edad. Las personas protegidas detenidas tendrán derecho a recibir la visita de los delegados de la Potencia protectora y del Comité Internacional de la Cruz Roja, de conformidad con las disposiciones del artículo 143. Además, tendrán derecho a recibir, por lo menos, un paquete de socorros al mes.” “Las personas protegidas que hayan sido procesadas o condenadas por los tribunales en territorio ocupado serán entregadas, al final de la ocupación, con el expediente respectivo, a las autoridades del territorio liberado”.

internamiento o el encarcelamiento será la única medida privativa de libertad que pueda tomarse, por lo que respecta a tales infracciones, contra las personas protegidas. Los tribunales previstos en el artículo 66 del presente Convenio podrán convertir libremente el castigo de prisión en internamiento de la misma duración”.

XV.VIII.2. Jurisdicciones que pueden concurrir

Desde el punto de vista judicial cualquier autoridad ocupante será respetuoso con las posibles jurisdicciones que puedan coexistir, *si así lo permite la situación*, que no lo será siempre:

- 1. La propia de su Ejército con arreglo a la "ley de bandera" para su personal miembro.** Es jurisdicción militar especial. En cuanto a la competencia interna de la jurisdicción especial en España *por delitos cometidos en el extranjero por desplazamiento de tropa* cabe tener en cuenta la Sentencia de la Sala especial de conflictos del TS (ex art.69 LOPJ⁵¹⁹) de 09 de abril del 2003⁵²⁰, en la que se declara la competencia de la jurisdicción militar para conocer de *accidente de tráfico ocurrido en territorio de Bosnia i Herzegovina, con resultado de daños (a un vehículo militar y otro particular) y lesiones a sus ocupantes*, habida cuenta que, cuando la Fuerza o la Unidad a que pertenezca el imputado se reintegra a territorio español sin haber sido aquel Juzgado, la competencia sólo es residenciable en la militar. *Ahora bien, así como para la aplicación de las normas vigentes hasta el momento de la ocupación funcionarán los Tribunales locales para su población, si la Potencia ocupante dicta a partir de entonces para esa misma población unas nuevas normas, ya vimos que de acuerdo con el art.65 del IV Convenio de Ginebra de 1949, está prevista la posibilidad efectiva de poder someter a los acusados de aquélla a esos Tribunales militares -de primera y segunda instancia (art.66 del mismo Texto)- también de la propia Potencia ocupante, pero siempre y cuando tales Tribunales no sean “políticos” y “estén legítimamente constituidos”, esto es, que se ajusten a los criterios del principio de jurisdicción predeterminada y no se trate, por ejemplo, de Tribunales improvisados y ad hoc, del pueblo, de cualquier otro ente, o de la decisión sobrevenida de cualquier otra autoridad.*

⁵¹⁹ Una Sala formada por el Presidente de la Audiencia Nacional, los Presidentes de las Salas y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una, o aquel que, respectivamente, le sustituya, conocerá de los incidentes de recusación del Presidente, de los Presidentes de Sala o de más de dos Magistrados de una Sala.

⁵²⁰ Vid. BOD 112, de 11 de junio del 2003, p.6510, donde fue Ponente Fernando Pérez Esteban –a diferencia de la de 05 de marzo de 1997, nº 1 /1997, donde fue Ponente J.L Bermúdez de la Fuente, con ausencia de daños de un vehículo militar siniestrado-, en la que se declara la competencia de la jurisdicción militar para conocer del accidente de tráfico ocurrido en territorio de *Bosnia i Herzegovina*, con resultado –aquí sí- de daños (a un vehículo militar y otro particular) y lesiones a sus ocupantes.

2. La del país ocupado, para su población, porque está prohibido declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles en un Tribunal, los derechos y acciones de los nacionales de la parte hostil (art.23, h) del RGT IV). En virtud del principio de territorialidad⁵²¹, además, será más fácil recoger pruebas y respetar su soberanía (por ser más fácil mantener el orden público). Incluso en tiempo de paz hay que tener en cuenta que cada vez más hay criterios coordinados de atribución de jurisdicción no sólo territorial propia (así la teoría de la *ubicuidad* frente a la de *actividad* y de *resultado*, y el de la *matriculación de la aeronave o el de su aterrizaje* "según" los casos) en base a la dificultad⁵²² que no únicamente conlleva *la lucha antiterrorista* internacional propiamente dicha sino también *la delincuencia transnacional* (inmigración ilegal o su mafia clandestina), en cuanto que todas estas ramas forman parte del "crimen internacional". Por ejemplo, hay Sentencias⁵²³ que cuando aplican el tipo *del delito contra los derechos de los trabajadores* de nuestro CP lo entienden "consumado" aun cuando el viaje se truncara por el naufragio de la "patera" (en el estrecho de Gibraltar, por ejemplo) con el resultado –en el caso ejemplificado- de al menos tres muertos ahogados: *basta para que conozca la jurisdicción española con que se promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina, sin exigirse que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros o la obtención de puesto de trabajo por los mismos*. Tal aplicación de esa clase de criterio entendemos⁵²⁴ que puede tener su entronque en el *Derecho de Gentes* y sólo para tal clase de delitos por cuanto que si bien *para tiempo de paz* esa jurisdicción extraterritorial fue reconocida por una Sentencia⁵²⁵ arbitral en 1928 como una derivación del *deber estatal de prevención de Derecho Internacional General sobre los actos terroristas, ya en tiempo de guerra* se relaciona con el "*deber de neutralidad*" análogo al de respetar "las leyes y usos de la guerra", toda vez que en el *asunto del estrecho de Corfú la CIJ en*

⁵²¹ **Art. 8.1 C.c y 23.1 LOPJ.** El de nacionalidad lo recogen en su caso las propias legislaciones nacionales, así el **23.2 LOPJ** nuestra. El de protección real en el **art.5 de la Convención de 1979, 6 de la de Roma** (facultativamente) y se deduce en el **3 de la de Nueva York de 1973, y el 23.3 de la LOPJ** nuestra. No está el de personalidad pasiva y si el de universalidad (**23.4 LOPJ**).

⁵²² Esa dificultad estriba en su carácter transnacional y en que muchos de sus delitos contra la libertad personal, caso de la toma de rehenes, suelen ser *complejos, continuados, permanentes y a distancia* inclusive. La participación en sus diversas formas y la tentativa pueden haberse realizado en varios Estados.

⁵²³ Vid. **STS de la Sala II de 16 de julio del 2002.**

⁵²⁴ **ABAD CASTELOS, M.** (1997). Ob. cit. "*La Toma de rehenes ...*" p.60 *in fine*, hace lo propio para otorgarles sin embargo carácter de *ius cogens* en base al alcance costumbrista cristalizado ya en la comunidad Internacional por la *opinio iusis sive necessitatis* manifestada en la Resolución de AG de UN nº 3034 sobre *la agresión*, o en la declaración de inadmisibilidad *del terrorismo* en 1984.

⁵²⁵ Sentencia arbitral de 04 de abril de 1928 en el *asunto de la Isla de Palmas*, donde fue Juez *Max Huber*. Asimismo con doctrina consolidada en *los incidentes Worowski y Janina* (asesinato de los miembros italianos de la *misión Tellini*. Sociedad de Naciones, Journal Officiel, 5º año, nº 4 – abril 1924-, p.524) en 1923 o *Chapman* en 1930.

1949 ya tuvo en cuenta que su fundamento está en las *consideraciones elementales de humanidad* (justicia material, diríamos nosotros), "más exigentes incluso en tiempo de paz que durante la guerra", lo que además comporta el tener⁵²⁶ que cambiar la información pertinente entre los Estados.

Y para el caso de la matriculación de la aeronave o el de su aterrizaje como elemento determinante de la jurisdicción estatal para conocer, variará, "según" los casos, siendo a veces preferible la de matriculación de la aeronave por lo siguiente. Porque a veces el criterio del lugar del aterrizaje como nexo de la jurisdicción aplicable al caso obliga a tener que acudir a la extradición si allí, en Estados por lo general fallidos, el delito no está internamente previsto. Por eso, y toda vez que para casos extremos el DIH sólo puede diferir la solución al Derecho interno de un Estado que lo sea civilizado y de Derecho, por la clase de delitos de *Derecho de Gentes* de hecho ocurridos en Estados sin medios para perseguirlos, particularmente nos planteamos si en ese caso un medio internacionalmente lícito de evitar la jurisdicción del Estado de aterrizaje (para que aquélla sea ejercida mejor por el Estado responsable de la aeronave en cualquier momento y lugar) sería la conveniencia de establecer de lege ferenda la ficción jurídica de admitir la novación de la aeronave: de privada a estatal. O incluso la automática militarización del piloto⁵²⁷, comandante de la aeronave, como nuevas medidas factibles contra el terrorismo internacional (naval y) aeronáutico en su caso.

Además, creemos que hay más argumentos que apoyarían esa otra jurisdicción. Los resumimos en los siguientes:

- A. Pensemos que puede haber casos donde no haya aterrizaje sino un siniestro total (p. ej. el 11-S), *excepto el supuesto donde el terrorista no llega a inmolarsse por saltar antes en paracaídas o tener un papel de salvamento propio alternativo*, así en alta mar o en un espacio aéreo sin ninguna

⁵²⁶ Resoluciones de la AG de la ONU en tal sentido son: (1) la 3034/1972, la 31/102 de 1976 y la 32/147 de 1977; (2) la 34/145 de 1979, la 36/109 de 1981 y la 38/130 de 1983, (y 3) la 40/1961 de 1985, **la 42/159 de 1987** –vid. Párrafos 4 y 5- y la 44/29 de 1989). *La subrayada es recopilatoria e invita a que se tomen todas las medidas procedentes recomendadas por la OACI para impedir ataques terroristas contra los medios de transporte*. Ha sido reiterada en otras de 1994 y 1995. También en los arts 4 (Convención N. York) y 13 (Convención de Roma). Sin embargo, a pesar de que el art.6 de la Convención de 1979 *sobre la toma de rehenes* especifica en su segundo apartado a quien debe de notificarse la detención por tal cargo, aunque la mera sospecha de involucración en tal acto *se puede presumir* si algún Estado ha notificado al territorial donde se encuentre el sujeto datos de ese delito cometido y a la persona sobre la que se sospecha, *no se estipula la obligación de notificar toda la información de su posible huida del presunto delincuente de ese territorio*, obligación que, sin embargo, tal como observa **ABAD CASTELOS** (1997).Ob. cit. "La Toma de rehenes..."p. 187 *ut supra* si la previenen expresamente otras Convenciones: art.11 de La Haya, 5 de Nueva York y 15 de Roma.

⁵²⁷ **PERRUCA ALBADALEJO, V.** (1996). "El comandante de aeronave militar y art.50 de la Ley de Navegación aérea. Distintos estatutos bélicos aplicables a pilotos comerciales". I Jornadas de Derecho de la Sociedad Internacional sobre estudios de la Guerra, en Cuartel General del Aire, Madrid.

soberanía (*res nullius*). ¿Sería aquí, Naciones Unidas, la encargada de enjuiciarlo, por ejemplo a través del Tribunal Penal Internacional,... *teniendo en cuenta el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad?* En realidad, y si reflexionamos un poco, *¿no se trastoca quizás la condición civil de la aeronave por otra ya propiamente de Estado, incluso asemejada a la aeronave militar, por el solo hecho de que los terroristas se apoderen de ella y ello afecta al interés general? ¿Acaso no hay algo de ello en las últimas medidas de seguridad adoptadas en los vuelos sobre todo de "rutas calientes", como lo ha sido Madrid-Bogotá tras el 11-S (con los agentes – "air marshal"- en ellos infiltrados)?*

Sostenemos que desde el momento en que se tiene una constancia objetiva de que una aeronave es objeto de apoderamiento ilícito *con ello se produce la novación de la naturaleza jurídica de la aeronave*: de ser una mera aeronave civil se convierte automáticamente en una aeronave "estatal" en los términos que, por ejemplo, vienen cifrados en el art.14⁵²⁸ de nuestra Ley de Navegación Aérea, toda vez que *desde ese preciso momento el comandante de aquélla, en tanto que la mayor autoridad de la misma, debe ya de ser consciente de que tiene como misión la Defensa Nacional (interés general) manifestada en la salvaguarda de la vida e integridad física de sus pasajeros y tripulación, sobre todo, así como también de los superiores intereses no sólo del país del que es nacional, sino de los que le reclama la Comunidad Internacional desde que esa actividad delictiva bajo la que se ve sometido es calificada de "Derecho de Gentes" y con la imposición de unas obligaciones estatales de carácter "erga omnes" (frente a todos)*. Al fin y al cabo es notoria una *opinio iuris* de una costumbre histórica constante el deber del Capitán de abandonar su barco el último, siendo éste uno de los pocos casos donde a alguien el Derecho Penal le pueda "obligar" a cumplir su responsabilidad hasta el final, *requerimiento que es semejante al propio del de un combate*. El caso de naufragios famosos -hasta de cruceros turísticos como el del "Costa Sicilia" (2011), en caso de su contravención, por no decir *el del "Titánic"*, para el caso de su afirmación-, póngase como ejemplo, así lo certifican.

En casos de tal apoderamiento ilícito de buque o aeronave debiera previamente requerir su comandante una dotación militar. Consta como precedente en tal sentido el de los problemas de los pesqueros españoles en "*la guerra del fletán*"⁵²⁹.

⁵²⁸ "Se consideraran aeronaves de Estado: 1º. Las aeronaves militares, *entendiéndose por tales las que tengan como misión la defensa nacional* o estén mandadas por un militar comisionado al efecto. Estas aeronaves quedan sujetas a su regulación peculiar. 2º Las aeronaves no militares *destinadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales*.

⁵²⁹ Se ha dado en llamar «Guerra del fletán» a una serie de incidentes entre Canadá y España por los derechos de pesca en los Grandes Bancos, la plataforma continental frente a Terranova y Labrador, justo fuera de la zona económica exclusiva canadiense en el Océano Atlántico Norte,

- B. Por otro lado, un argumento ya de carácter propiamente internacional que reforzaría el criterio que sostenemos desde el punto de vista de un derecho real (el avión) es que en la práctica internacional (*D° de Gentes*) existen ficciones semejantes a la que hemos propuesto, así la presunción "*iuris tantum*" en el Derecho de la Guerra según la cual las aeronaves que vuelen el territorio de un Estado beligerante *sin previo aviso* (como es el caso de un apoderamiento ilícito) presentan un indudable carácter militar y, por tanto, en ese contexto pueden ser atacadas. También cabe a nuestro juicio que pueda ser *jurisdiccional y no sólo aeronáuticamente "interceptada"*. Otra cosa es que en el célebre caso *Yunnis*⁵³⁰ se dieran o no estas circunstancias si atendemos al número total de pasajeros y su nacionalidad. Nos preguntamos si, quizá, *¿cabría realizar en los contratos una coincidente cláusula de fuero, real (aeronave) y personal (pasajeros), a través de la compra del bien y del pasaje?* Se evitarían de este modo problemas de jurisdicción. Casos incluso de derribo de aeronave en virtud de aquella presunción: el coreano⁵³¹ de 1983 y el *Vincennes*⁵³². En su día, pudiera incluso haberse especulado que *el caso del Yaq-42* se habría debido a la aplicación de tal presunción, de forma que incluso en tiempos de redacción de este capítulo está en investigación (junto con la misteriosa desaparición en aguas asiáticas de otro anterior en Marzo) el derribo del avión Boing 777 de Malasian Airlines a 10.000 metros de altura el día 17 de julio del 2014 en el Este de *Ucrania*, al parecer, por una pieza "buk" rusa antimisiles activada por los pro-rusos separatistas de aquel país, o el caza ruso derribado por los turkos en su frontera con Siria a los pocos días del atentado de la Sala Bataclán en París.
- C. El extranjero que pueda cometer un delito de toma de rehenes en una aeronave puede ser juzgado o no por su país, luego el *principio de nacionalidad* es menos seguro. Además cabe que se trate de un "apátrida", en cuyo caso la aplicación de la ley de su residencia es además *optativa* y no obligatoria como sí lo sería para un nacional: se agrava la inseguridad jurídica del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley o del Juez Natural y se corre el riesgo de la posible vulneración en su caso (dobles

que culminaron con la captura del buque español *Estai* el 9 de marzo de 1995 por la *Armada de Canadá*, después de que una patrullera canadiense disparara, ametrallando la proa del *Estai*, así como a otros barcos que acudieron en su ayuda, y procediendo al abordaje. *España* y la Unión Europea (UE) lo consideraron un acto de piratería. La reacción española fue el envío de un patrullero de altura de la *Clase Serviola Vigia* (P-73) perteneciente a la *Armada Española* para proteger sus intereses pesqueros en la zona. *Canadá* finalmente liberó el *Estai* tras las fuertes presiones de la Unión Europea (UE).

⁵³⁰ Vid Anexo I.

⁵³¹ Vid. Anexo I.

⁵³² Vid. Anexo I.

nacionalidades) del *non bis in idem*, argumento este último que es esgrimido por **ABAD CASTELOS**⁵³³.

- D. Habida cuenta la clase de delito de que tratamos la ficción jurídica que arbitramos (para eficacia del *D° de Gentes*) es la misma que, en definitiva, creó la configuración del *principio de protección real o de protección* en aquellos delitos como los de terrorismo que aquí abordamos, sobre todo el de toma de rehenes (cuando la liberación de prisionero se somete a la condición de que no se extradite a "*un concausa apresado*" o "*para poner fin a una determinada acción gubernamental de política internacional*"). Este último caso, entre otros muchos ejemplos habidos, fue el de la ocupación de la embajada de Egipto en Madrid por un grupo de palestinos: su fin era impedir el Acuerdo de 4 de septiembre de 1975 sobre *el Sinaí* entre *Egipto e Israel*. Otra cosa es que este principio se pudiera invocar en el caso del *Achille Lauro*⁵³⁴ por no darse conexión del delito con respecto del Estado directamente afectado. Pero también se puede dar en aquellos casos donde la chantajeada sea, por ejemplo, la propia ONU, es decir, una organización internacional.
- E. Porque el principio de personalidad pasiva (de la víctima) no ha tenido una aplicación uniforme en el tiempo (de hecho la legislación española lo ha omitido, igual que el propio estatuto de la CPI): Aunque se da la circunstancia en torno a este criterio de que EE.UU se lo negó en un principio (1887) a *México* en el *caso Cutting*⁵³⁵, después se lo ha apropiado para alegarlo en el *Caso Yunnis* por medio de una *Hostage Taking Act* que transponía internamente la Convención de 1979. Y a veces, sin embargo, el delito no es cometido por razón de la nacionalidad de la víctima...
- F. Porque el principio de universalidad (*ubi te in venero ibi te iudicabo*) al menos en *España* ha sido acogido⁵³⁶, *aunque el único elemento que lo*

⁵³³ **ABAD CASTELOS.M.** (1993) *Ob.cit*, p. 134 y 135.

⁵³⁴ El barco secuestrado era de pabellón italiano, la acción fue llevada a cabo en aguas egipcias por un comando de cuatro palestinos que amenazaron la vida de nacionales americanos y británicos (llegando a matar un estadounidense paralítico) si el gobierno israelí no liberaba a cincuenta presos palestinos.

⁵³⁵ Vid Anexo I.

⁵³⁶ El art.23.4 de la LOPJ, donde en la letra b figura el terrorismo como delito perseguible internacionalmente, es un precepto que según Auto (sobre genocidio en dictadura argentina) del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 04 de noviembre de 1998 (2° y 6° FJ) y comentado en LA LEY, núm. 4688, de 08 de diciembre de 1998, es *de índole procesal* aplicable con independencia del tiempo de comisión de los delitos. Esto implica para el caso de terrorismo que la tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social *del país en el que el delito de terrorismo se comete*, o al que directamente afecta como destinatario del ataque, y esta traslación necesaria de un elemento fáctico no impide la susceptibilidad de tipificarse como terrorismo, según la *Ley penal española*, que es exigencia del **art.23.4**.

vuelve operativo es la presencia del presunto autor del delito en el territorio del Estado que lo acoge ya que por aquel que no haga lo propio puede no conceder su extradición. Esa doble adopción del principio por los Estados implicados constituye, pues, la premisa del principio *aut dedere aut punire*: juzga o extradita⁵³⁷.

3. La no militar establecida *ad hoc* por la Potencia ocupante cuando sólo la anterior se desentienda⁵³⁸ o, entendiendo, se extralimite sin embargo de sus competencias por interferirse en el orden público y la seguridad, es decir, la materia de responsabilidad directa del ocupante⁵³⁹. Planteamos aquí asimismo la posibilidad histórica de aplicación de un mal llamado "Tribunal" anglosajón –de hecho, fue un órgano unipersonal- en materia de terrorismo: nos referimos a los Tribunales Diplock⁵⁴⁰. Tiene paralelismo en tiempo de paz con la Audiencia Nacional, que no a un Tribunal de excepción como lo fue históricamente el Tribunal de Orden Público ni con las comisiones militares norteamericanas para situaciones críticas. *En este último sentido, en España actualmente, ya de forma expresa por Ley de Defensa Nacional, en procedimientos militares disciplinarios, y como ejemplo, están prohibidos los Tribunales honor.*

4. La de la Corte Penal Internacional en su caso (Estatuto de *Roma*). Pero esta problemática ya la trataremos específicamente en un lugar más oportuno para su desarrollo. Baste aquí, por ahora, sólo indicarlo.

XVI. OPERACIONES DE PAZ

XVI.I. Concepto y marco legal

Frente a cualquier conflicto, son las medidas que se podrían incluir como previstas en el Capítulo VII de la Carta de Naciones, arts.41 y 42. Son adoptadas con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Según

⁵³⁷ Sobre el estatuto de este principio en el "Derecho de Gentes" se ha afirmado que dimana del interés de todos los Estados de procesar a los presuntos autores de infracciones del Derecho Internacional. Es un deber de la comunidad internacional en su conjunto entendida como una "*civitas maxima*" según la expresión de **Hugo Grocio**. En este sentido el argumento tiene formas más amplias y mas restringidas, de acuerdo a las infracciones que abarca. Parece más fácil encontrar un consenso para afirmar que el principio se aplica a las más graves violaciones de derechos humanos fundamentales, *cometidas en forma sistemática o masiva*, que pueden ser calificadas de crímenes de lesa humanidad y en ciertos casos de genocidio.

⁵³⁸ Así en el **caso Borms y Tack**, en 1918, por los Tribunales Belgas.

⁵³⁹ En este sentido, siempre se recuerda el precedente del Tribunal de Casación francés, en el **caso Loubert** en 21 de septiembre de 1871, según el cual se dejó manifestado que es en efecto, una regla de Derecho Internacional, que la soberanía extranjera, al tomar posesión del nuevo territorio debe mandar que se ejecuten las sentencias.

⁵⁴⁰ Vid. **VERCHER NOGUERA.A.** (1991). *Antiterrorismo En el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A (PPU), Primera Edición, Barcelona.

la Carta de San Francisco (art.39⁵⁴¹ del Capítulo VII) las Resoluciones del *Consejo de Seguridad de Naciones Unidas* son las que legitiman a la diplomacia para la adopción de iniciativas semejantes frente a los casos de “amenaza” o “*quebrantamiento a la paz*”, o frente a “*actos de agresión*”. Completan su marco jurídico-legal, aparte de otros preceptos del mismo Texto con el que en relación con el anterior puedan tener su concordancia, también la normativa del Derecho de la Guerra representada fundamentalmente por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, pero al ser operaciones fundamentalmente de carácter internacional inciden aquí desde luego y como mínimo la Convención del estatuto de Refugiado (1951) y su Protocolo posterior (1967)⁵⁴², la Resolución 46-182 de la A.G de la ONU (19 de diciembre de 1991) - “*Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas*”⁵⁴³-, el Código de Conducta de la OSCE⁵⁴⁴ y la Declaración *Petersberg de 19 de junio de 1992* del Consejo de Ministros de la UEO⁵⁴⁵.

XVI.I.1. El problema de su abuso

El problema es que si bien el interés de los gobiernos y de la propia ONU converge en ese mismo afán de mantener la paz, las distintas culturas y procesos de toma de decisiones dificultan su consecución. Probablemente sean aquéllas y éstos la otra parte sumergida de una alegórica “montaña de hielo” donde en la Seguridad del nuevo orden mundial se tenga que insistir hasta lo recalcitrante para no tener que llegar necesariamente a su cima, fenómeno que prácticamente desde *la caída del muro de Berlín* y el derrumbe del antiguo Imperio soviético es tan frecuente que pueda hacer peligrar la verdadera misión de las Fuerzas Armadas,

⁵⁴¹ El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

⁵⁴² Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de adhesión de España. Publicado en BOE núm. 252 de 21 de octubre de 1978.

⁵⁴³ Destacan en su Anexo I sus doce principios rectores.

⁵⁴⁴ Código de Conducta de la OSCE sobre los aspectos político-militares de la Seguridad de 3 de diciembre de 1994.

⁵⁴⁵ Las «misiones de Petersberg» forman parte de la política europea de seguridad y defensa (PESD). Se incluyeron de forma expresa en el Tratado de la Unión Europea (artículo 17). El Tratado de Lisboa (artículo 42 del TUE) completa el conjunto de misiones que pueden llevarse a cabo en nombre de la Unión Europea (UE). En adelante, éstas contemplan: *misiones humanitarias o de rescate; misiones de prevención de conflictos y misiones de mantenimiento de la paz; misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz; acciones conjuntas en materia de desarme; misiones de asesoramiento y asistencia en materia militar; operaciones de estabilización tras la resolución de conflictos*. Estas misiones se crearon mediante la declaración de *Petersberg*, adoptada tras el Consejo de Ministros de la UEO de junio de 1992. Con arreglo a dicha declaración, los Estados miembros de la UEO deciden poner a disposición de la UEO, pero también de la OTAN y de la Unión Europea, unidades militares procedentes de todo el abanico de sus fuerzas convencionales.

al menos en *España* (art. 8⁵⁴⁶ CE). No en vano se ha llegado a decir por algún mando español⁵⁴⁷ experto en el conflicto de la Ex *Yugoslavia* que “*no deberíamos comprometer nuestras fuerzas militares en situaciones y circunstancias para las que no existe una solución militar, sino sólo el clamor y exigencia casi popular de hacer algo*”. Lo curioso es que si durante la guerra fría se hacía poco uso de estas misiones, desde hace más de una década podría decirse que hasta se abusa de ellas (en cuanto que desde nuestra particular percepción se quiere de alguna forma sustituir la llamada “excepción militar” por el concepto terminológico ya menos traumático de “emergencia civil”). Lo primero, es decir, el poco uso de ellas durante la guerra fría, era debido al “chantaje” del derecho de veto por los cinco miembros permanentes del citado Consejo y lo segundo, ya su abuso, entre otras posibles causas, como por ejemplo el aumento de guerras civiles y no ya entre Estados, quizá se deba a una pérdida del concepto estratégico de la disuasión. Pese a los intentos realizados por la Alianza Atlántica desde *Petersberg (Bonn)* en 1992 en pro de conseguir una Identidad de Seguridad y Defensa (IESD) sirvan de ejemplo las guerras balcánicas.

No obstante, en tiempos de Kant, finales del siglo XVIII, este filósofo ya se preguntaba con ocasión de saber cuál era la mejor forma de Estado para conseguir una “paz perpetua” (título de una de sus obras) si ello debía estar o no relacionado con el Derecho de Gentes. Su propuesta de pacifismo jurídico se fraguaba en un hecho que constataba: que al tenerse que fundar ese Derecho en una federación de Estados libres que no reconocían un Tribunal Superior, la única forma que entonces tenían los Estados para procurarse su derecho era la guerra. Por tanto, si quisieran la paz realmente deberían de federalizarse especialmente en tal sentido hasta encontrar en ese Derecho de Gentes la coacción legal suficiente como para evitar la guerra, pero para él no lo era. Según su pensamiento era necesario conseguir un Derecho no sólo negativo (evitar la guerra) sino

⁵⁴⁶ *Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.*

⁵⁴⁷ Esta afirmación es de **CANDIL MUÑOZ, A.J.**; (1996). Cuaderno de estrategia nº 82 del CESEDEN “*Los cascos azules en el conflicto de la ExYugoslavia*”, p.51 *ut supra*, donde en las conclusiones de su trabajo (“¿Tiene la ONU capacidad para dirigir misiones de Paz?”) y al hablar de la misión UNFICYP en Chipre arguye lo siguiente: “*De hecho, la UNFICYP lleva desplegada desde 1964, y con los actuales planteamientos desde 1974, sin que existan signos de que vaya a desaparecer. La misión es, sin duda, necesaria y la presencia internacional ha ayudado a estabilizar la situación, sin la cual, por otra parte, la crisis de 1974 hubiera sido de mucha más gravedad. La longevidad de una OP es, sin embargo, una prueba de que hay poco que hacer, a pesar de todo, para resolver una situación de crisis, cuando la misma tiene sus raíces profundamente arraigadas en un conflicto étnico y de naturaleza civil como es el caso. Al final son nuestros soldados quienes van a sufrir las consecuencias y no aquellos quienes deciden su participación. No deberíamos enviar a nuestras fuerzas a participar en situaciones conflictivas a menos de que estemos satisfechos de que hay, para ellos, una verdadera misión militar a cumplir, posibilidades de obtener éxito en su ejecución y un grado de riesgo que no sea excesivamente alto. Mientras no asumamos estos parámetros será imposible para las Naciones Unidas el dirigir acertadamente Operaciones*”.

esencialmente moralista y positivo en el que no sería necesaria ya la existencia de ejércitos nacionales permanentes porque la violación de un derecho cometida en un sitio repercutiría en todos los demás, de forma que *la existencia de milicias populares que realizasen maniobras voluntarias y se ejercitasen para defender su país sería hasta algo justificado, casi, como la antigua “guerra justa”*. Algo de esto hay, pues, también en las operaciones de Paz y Seguridad. Es decir, se está lejos del día de la constitución de un control internacional eficaz mediante unas fuerzas de policía mundial de carácter militar precisamente porque aquéllas son su sucedáneo⁵⁴⁸. La finalidad de alcanzar la paz es algo que aparece expresamente indicado en la Carta de Naciones Unidas cuando en su Preámbulo se afirma la intención de sus miembros de “*preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra*”, o incluyendo así al terrorismo, la de “*unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz*”. Igualmente en su art.1 se enuncia como primer propósito de Naciones Unidas el de “*mantener la paz y seguridad internacionales y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz*”.

XVI.I.2. Naturaleza, evolución y tipos

En tiempos como los actuales donde la soberanía estatal en principio “no limitada” tiene como único freno el atentado a los derechos humanos, el “*derecho a la mirada*”⁵⁴⁹ de la Comunidad Internacional de que algunos analistas hablan justifica un nuevo salto cualitativo en su concepción original. Salto tan necesario como no menos discutido por otros al afectar a la quintaesencia jurídica de este tipo de misiones, esto es, *la imparcialidad o neutralidad que debe de exigírseles como medio para conseguir su fin*. Ahora bien, en lugar de una paz universal se pretende una paz local, concebida no en sentido positivo como armonía y justicia, sino en sentido negativo como “ausencia de conflicto”. En lugar de tropas mundiales, unidades formadas por contingente nacionales. Independientemente de la historia que pueda haber seguido el Ejército español hasta la actualidad, si recorremos brevemente su evolución en un primer estadio las llamadas operaciones de primera generación (peace making) se limitaban *cuasi* principalmente a la mera observación en la zona de conflicto, es decir, se trataba todo lo más de interponerse entre las partes beligerantes para evitar que las grandes potencias compitieran en el desarrollo de las hostilidades. Siguiéron otras (peace keeping) de carácter más represivo pero no violentas con misiones tales como embargos o bloqueos comerciales y al final, iniciada la “*paz caliente*” tras la destrucción del telón de acero, desde el año 1989 han sido necesarias otras de tercera generación (peace enforcing) con una impronta inclusive ya belicosa como

⁵⁴⁸ Así EYMAR, C. (2001). Ob. cit. , p.249.

⁵⁴⁹ LEVY, B-H. (2003).Ob. cit. p.152, lo llama “*terrorismo de la mirada*” y pone como su ejemplo el que hicieron ya los soldados norteamericanos cuando en 1944, tras la liberación de los campos de concentración, “*obligaban a los ciudadanos alemanes a desfilar ante los cadáveres*”.

remedio final de imponer el orden frente al caos antropológico, es decir, aquellas donde, por una parte, la injerencia humanitaria constituye excepción a la regla general del art. 2.3⁵⁵⁰ de la Carta *sobre la prohibición del uso de la guerra*, y por otra parte, como consecuencia de lo anterior, se discute por la doctrina si son o no verdaderas técnicas de “mantenimiento de la paz”, ya que el requisito de imparcialidad exigible brilla por su ausencia.

En justo desarrollo del Preámbulo de la Carta de San Francisco es su razón de ser que la ONU persiga “*mantener la paz y seguridad internacionales*” (art.1); dotada para ello de las medidas previstas en los Caps. VI y VII, relativos al arreglo pacífico de controversias y a las acciones en casos de amenaza o quebrantamiento de la paz o actos de agresión, sin embargo las Operaciones de Paz suelen encuadrarse en un ficticio y risueño *tertium genus*, el famosamente bautizado como Capítulo seis y medio, para ilustrar así que su legitimidad tiene por fuente el consenso de la comunidad internacional a través de las organizaciones de seguridad compartida, bien se trate de la propia Organización de Naciones Unidas (ONU) o de la Organización de la seguridad y Cooperación Europea (OSCE) y semejantes, incluso la OTAN, señalándose al respecto que si bien la legitimación de las dos primeramente citadas lo sería de primer orden por ser precisamente el mantenimiento y búsqueda de la paz fundamento de sus Tratados constitutivos, la de la OTAN y similares lo sería con carácter subsidiario en el sentido de requerir pertinente habilitación de las primeras. Habiendo sido su finalidad original, en palabras del profesor **CARRILLO SALCEDO**⁵⁵¹, la de *rebajar la temperatura de los conflictos y amortiguar las crisis internacionales a través de la presencia pacificadora y preventiva de las Naciones Unidas*, uno de los documentos jurídicos más importantes en tal sentido ha sido la Resolución de la Asamblea núm. 377 de 3 noviembre de 1950 (“*Unión pro Paz*”)⁵⁵² surgida a raíz del conflicto de *Corea*. En ella se pone de manifiesto la controversia por el impedimento del derecho de veto de las grandes Potencias. Ya a partir de las Resoluciones 678⁵⁵³, de 29 de noviembre de 1990 y 688⁵⁵⁴, de 5 de abril de 1991, ambas del Consejo de Seguridad adoptadas con ocasión de la guerra de *Irak* de *Sadam Hussein* tras su invasión a *Kuwait*, la institucionalización del *ius ad bellum* para la imposición de paz puede entenderse compatible prácticamente a la primera finalidad aludida. No obstante esta pretendida compatibilidad entre unas misiones y otras no es pacífica como lo demuestra el hecho de que, primero, tanto *China*

⁵⁵⁰ *Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacional ni la justicia.*

⁵⁵¹ **CARRILLO SALCEDO, J.A.** (1994) *Curso de Derecho Internacional Público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid. Tecnos.

⁵⁵² Este documento puede verse desde el 17mar03 –publicado por el Equipo Nizkor (en Internet)-.

⁵⁵³ Vid. Anexo I.

⁵⁵⁴ Vid Anexo I.

como *la India* se abstuvieran en la votación de la Resolución 688 debido al recelo de un “*neocolonialismo encubierto*” por parte de las grandes Naciones; segundo, el que cierto sector de la doctrina internacionalista (entre ellos **MALCOM**⁵⁵⁵, y **THAROOR**⁵⁵⁶) no distinga entre mantenimiento e imposición de la paz; y, por último, porque el propio Comité de la Cruz Roja considera⁵⁵⁷ una tautología reducida al absurdo hacer la paz a la vez que la guerra: se es o no neutral.

En síntesis, así como en su génesis las operaciones de establecimiento y mantenimiento de la paz son junto la diplomacia preventiva de conflictos la cristalización internacional de la *teoría de la disuasión* revitalizada, esto es, prevenir los conflictos antes de que estallen para consolidar la paz y crear una sensación de confianza y bienestar en el pueblo, lo cierto es aventurar que en un futuro la intervención de la comunidad Internacional deberá ir más allá de las acciones militares y humanitarias para incluir tareas como el restablecimiento de un gobierno efectivo. En este sentido, el párrafo 55 del Informe del Secretario General de las N.U, “Un programa de paz”⁵⁵⁸, menciona como actividades de consolidación de la paz “*el desarme de las partes anteriormente en conflicto y restablecimiento del orden, la custodia y posible destrucción de armas, la repatriación de refugiados, el apoyo en materia de preparación y adiestramiento de personal de seguridad, la observación de elecciones y la adopción de medidas para proteger los derechos humanos, la reforma o el fortalecimiento de las instituciones gubernamentales y la promoción de procesos tradicionales y no tradicionales de participación política*”.

En cuanto a sus requisitos, el Comité de trabajo de la ONU sobre Operaciones de Paz creado en la XIX sesión de su Asamblea General culminó su encargo a las diez sesiones siguientes con un *Informe (A/9827)* en cuyo apéndice se estipulan las directrices a seguir para su enclavamiento; a saber: consentimiento de todas las partes en conflicto para su establecimiento, la imparcialidad, su continuidad y apoyo a través de un mandato claro y con posibilidades de éxito, el no uso de la fuerza armada salvo caso de legítima defensa, la contribución de personal militar capaz a la ONU y, por último, el socorro financiero y logístico.

⁵⁵⁵ **SHAW, MALCOM N.** (2003). *International Law*. Cambridge University Press. Cambridge.

⁵⁵⁶ **THAROOR, Shashi**, (1996). «*Should UN Peacekeeping Go «Back to Basics?»*» Survival, vol. 37, n.º 4.

⁵⁵⁷ Expuesta por **RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L.** (2007). *Los diferentes mandatos, el Derecho Internacional Humanitario y el trabajo de campo* (citando a STUDER, p. 79) en Santamaría del Pozo, Javier (dir.): *La cooperación entre lo civil y lo militar*, p. 99, Instituto Universitario «General Gutiérrez Mellado» (IUGGM), Madrid.

⁵⁵⁸ *Boutros-Ghali*, Secretario General de las Naciones Unidas, presentó el Informe titulado “*Un programa de paz*”, el 23 de junio de 1992 y propuso “Unidades de resguardo de la paz”, posibles acciones militares por parte de las Naciones Unidas, “despliegues preventivos”, un sistema de alerta temprana y actividades de creación de confianza después de las hostilidades.

XVI.II. La relación entre la “ocupación bélica” y las “misiones de paz”: regímenes jurídicos entrelazados

XVI.II.1. El marco y la conceptualización de la figura

Después de insertar la institución de la ocupación bélica no sólo en su normativa reguladora original, la del Derecho Internacional “humanitario” o de los conflictos armados (DIH) sino en el marco posterior de los propósitos y principios de los dos primeros artículos de la Carta de Naciones Unidas⁵⁵⁹ - todos ellos asentados bajo el mandato previo de “*mantener la paz y seguridad internacionales*”- para dejar claro, en definitiva, que de acuerdo con la Sentencia de 27 de Junio de 1986 de la Corte Internacional de Justicia –conocida como “*Caso Nicaragua*”⁵⁶⁰- y la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas –sobre las relaciones de amistad- tales principios *tienen ya un indiscutido valor jurídico vinculante consuetudinario de Derecho Internacional*, siguiendo la sistemática común de la doctrina que resume en un solo autor⁵⁶¹ interesa saber a *nuestros efectos* que **CORRALES ELIZONDO**⁵⁶² estructura el concepto⁵⁶³ de esta institución jurídica de la ocupación contemplando también su proyección normativa (propia del “Derecho de la Guerra”) no sólo, entre otras situaciones y entre otros aspectos, en las llamadas “Operaciones de Paz” sino considerándola también a los efectos “*de los posibles actos terroristas en territorio ocupado, así como la confusión entre estos últimos y los actos de resistencia*”.

XVI.II.2. Razones de su estudio para el desarrollo de la actividad militar (una hipótesis plausible)

La extrapolación de las normas bélicas de la ocupación militar a los supuestos de Operaciones de Paz y en los casos de administraciones civiles transitorias de carácter internacional a las operaciones. No obstante, *el estado de la cuestión del debate doctrinal sobre la posibilidad o no de extrapolar las normas bélicas de la*

⁵⁵⁹ Vid Anexo I.

⁵⁶⁰ Vid Anexo I.

⁵⁶¹ VITE, S. (2004). Ob. cit. “*La aplicabilidad del...*” pp.9 y ss.

⁵⁶² **CORRALES ELIZONDO, A.** (2009). “*La ocupación bélica*”, en Revista Española de Derecho Militar, dedicada a su memoria, nº 93, pp.37 y siguientes, así como **CORRALES ELIZONDO, A.** (2004) “*Lucha contra el terrorismo y derecho Internacional*”, en el nº 133 de Cuadernos de Estrategia del Instituto Español de Estudios Estratégicos, en el Capítulo cuarto (“*La ocupación bélica*”), pp.109 y ss.

⁵⁶³ **Art.42 del Reglamento Anexo, Sección 3ª, de la IV Convención de la Haya de 1907**: “*Un territorio se considera ocupado cuando se encuentra sometido de hecho a las autoridades del ejército enemigo. La ocupación no se extiende más que a los territorios en los que dicha autoridad está establecida en condiciones de ser ejercida*”. Definición refrendada y precisada por el **art.2.1 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949** al decir que dicho Convenio “se aplicará igualmente en todos los casos de ocupación de todo o parte del territorio de una Alta Parte contratante, aunque esta ocupación no encuentre resistencia militar”. En opinión de **CORRALES ELIZONDO, A.** (2009).Ob. cit. , p.39, “*esta precisión pretende en alguna medida hacer abstracción del requisito del “ejército enemigo” como sujeto activo de la ocupación, que normalmente concurrirá, pero sin que los términos estrictos puedan servir de límite para la aplicación del DIH*”.

ocupación militar a los supuestos de Operaciones de Paz y en los casos de administraciones civiles transitorias de carácter internacional no es pacífico: Mientras que -según las citas al respecto de VITE⁵⁶⁴ y de CORRALES - un sector⁵⁶⁵ sostiene que el estatuto de las fuerzas internacionales desplegadas sobre el terreno en una Misión de Paz es distinto del que corresponde a la situación de una ocupación para la Potencia que la lleva a cabo (toda vez que los intereses de una y otra fuerzas son distintas, centrándose las del ejército de ocupación sólo en los relativos a la defensa de la población local), para otro grupo de autores⁵⁶⁶, entre los que -con sus matices- podríamos encuadrar a CORRALES ELIZONDO, mantiene que en las Operaciones de Naciones Unidas dirigidas a “la imposición de la paz” (en el marco del art.42⁵⁶⁷ de la Carta, habida cuenta de que las misiones se efectúan ejecutando un mandato de la ONU, para cubrir las deficiencias que se hayan apreciado en las autoridades locales viniendo a ejercer un “control efectivo” militar en el territorio) parecen cumplirse todos los requisitos que constituyen el derecho regulador de la ocupación bélica. Distinta apreciación merece, por contraste, la oportunidad de dicha aplicabilidad en las operaciones de mero “mantenimiento” de la paz, que se llevan a cabo tras la conclusión de un acuerdo entre el Estado de acogida y la organización o representación que programa la misión en nombre de las Naciones Unidas.

Avanzamos ya aquí nuestra particular conclusión en esta coyuntura de posturas para su desarrollo posterior: *a nuestros efectos* es importante contemplar la extrapolación de normativa de la ocupación bélica a cualquier tipo de Operación de Paz, aunque sólo sea subsidiariamente para casos de vacío legal, entre los que pueden estar ciertos casos de terrorismo internacional. Se trata de una necesidad práctica: Entendemos que *la autoridad militar que en virtud del principio de efectividad esté sobre el terreno de la zona que ocupa, llevando a cabo o no una Operación de Paz (porque a partir de entonces ya no exista sobre ese territorio*

⁵⁶⁴ VITE, S. (2004) “La aplicabilidad del Derecho Internacional de la ocupación militar a las Organizaciones Internacionales”, Ob. cit. , págs.19 y ss., y CORRALES ELIZONDO, A. (2009).Ob. cit. , pp.45 a 48.

⁵⁶⁵ Sus máximos exponentes son SARGA, D. (1996): “Las Naciones Unidas, como sujeto sometido al DIH”, en “Coloquio con motivo del 50 aniversario de la ONU”, París, y BOTHE, Michael. (1995). “Peace Keeping” en la obra colectiva sobre “The Charter of the United Nations”, Oxford University Press.

⁵⁶⁶ BOWET, D.W. (1964): “Fuerzas de N.U. Un estudio legal”, Londres, cit. en Revista española de derecho militar nº 93; EMANUELLI, C. (1995).“Las acciones militares de la ONU y el DIH”, Montreal; y GREWODD, C. (1998) “Derecho Internacional Humanitario y operaciones militares de las N.U”, en “Anuario de DIH, vol.I”.

⁵⁶⁷ Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.

ningún “título de soberanía”⁵⁶⁸), en su aspiración -mediante la regulación jurídica de este instituto y su aplicación fáctica- a que sus habitantes se desenvuelvan otra vez allí por los cauces de vida más llevaderos posible, no obstante, puede también encontrarse eventualmente ante unos actos de atentados o de terror, de suyo ya internacionales, que, también de hecho, no sean manifestación alguna de ningún acto de resistencia “militar” propiamente dicha.

En cuanto a los matices a los que ya antes hicimos alusión, los resumimos y comentamos de tal forma que el problema es que, si vamos a la práctica y la repasamos, tal como hace **CORRALES ELIZONDO**⁵⁶⁹ poniendo los casos de las misiones en *el Congo* (años 60 y ss.) *Camboya* (1991), *Somalia* (1993) y *Bosnia* (1995), a veces no se sabe realmente si se está ante uno u otro tipo de Operación de Paz. Se está refiriendo, pues, a aquellos casos donde, junto con los de “administración civil internacional transitoria” (*Timor Oriental* y *Kosovo*) también, la situación y el mandato que pretextan la Operación para legitimarla bien son difusos porque no se sabe si es de mantenimiento o de imposición. A ello *añadimos* que la situación se puede complicar más, si cabe, porque su naturaleza jurídica establecida originalmente varía en el tiempo (aunque sólo sea por la fuerza de los hechos, que fluctúan). Tales variaciones ambientales afectan no sólo a la seguridad jurídica de la población afectada sino a la operativa (así a las llamadas “Reglas de enfrentamiento”⁵⁷⁰), es decir, sobre todo al componente de militares de las fuerzas allí desplegadas y a su manera adecuada de actuar en cada momento. Al ser multinacionales pueden ver cómo el problema todavía se les complique más si unas y otras eventualmente mantienen distinto criterio *frente a situaciones donde se producen, como mínimo, ciertas lagunas o vacíos legales* urgentemente necesitados de una solución práctica, que es lo más común que ocurra si se tiene en cuenta que en Estados fallidos el Derecho local a veces ni siquiera se sabe cuál es o el verdaderamente aplicable. Es más, puede haber situaciones donde en el curso de los despliegues no se sepa ni siquiera si se está en el territorio de uno o de otro Estado de los afectados por la falta de delimitación de fronteras, el haber zonas disputadas y difusas de soberanía, de neutrales, de no beligerantes, zonas de corredores humanitarios, etc. lo que también nos lleva a la problemática jurídica de las Operaciones “*fuera de área*”. Para **CORRALES ELIZONDO** en “*todos estos casos (...)*”, a los que nosotros tendríamos que añadir los problemas de terrorismo dados en esa clase de operaciones, que son el objeto de nuestro especial interés, y no sólo en el de las situaciones de mandatos difusos, particularmente nos sumamos a la solución apuntada por **CORRALES ELIZONDO** en el sentido de

⁵⁶⁸ Así lo afirma **BENVENISTI, E.** (1993). “*The International Law of Occupation*”, Princeton University Press, Princeton, p.355.

⁵⁶⁹ **CORRALES ELIZONDO, A.** (2009). Ob. cit. p.46.

⁵⁷⁰ Artículo 84 del *Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.*

entender que *el marco de dichas normas y, en concreto, el IV Convenio de Ginebra constituye un fundamento válido de normas de actuación, precisamente por la imprecisión en la determinación de la naturaleza jurídica de la operación y también porque no existe una regulación internacional con el apoyo unánime que implica el Derecho de Ginebra y el derecho consuetudinario sobre la materia. Ello no significa que se implementen en cada caso las “reglas de enfrentamiento” y los pactos o acuerdos oportunos con las autoridades locales, siempre buscando los mismos fines que presiden las normas de ocupación militar, es decir, la consecución de una paz inmediata, justa y duradera, con respecto a los derechos fundamentales, facilitando el desarrollo de sus organismos y administración, siempre con el fondo de la protección inspirador del DIHDH. Aunque ya hemos manifestado en este sentido nuestra concordante posición con **CORRALES ELIZONDO**, quien defiende también su postura invocando para ello la Circular⁵⁷¹ de la Secretaría General de la ONU de 6 de agosto de 1999, hemos de añadir el hecho de que *experimentalmente y en la práctica*, es decir, no sólo a nivel doctrinal, esta fue la solución que se aplicó en el primer desplazamiento del contingente armado español a *Umm Qsar* en *Iraq* en el año 2003, mediante el buque “*Galicia*”, con motivo de la segunda guerra del Golfo⁵⁷².*

XVI.III. Análisis de la práctica a través de un trabajo de campo: La participación operativa de España en *Umm Qasar* (Iraq)

XVI.III.1. El análisis de la situación fáctica

La misión de seguridad *Sierra Juliette* se realizó en territorio iraquí con motivo de la ruptura de las hostilidades del conflicto bélico internacional desencadenado entre la alianza angloamericana e *Irak*. Esto fue así debido al retraso y discutido incumplimiento del deber de desarme de armas de destrucción masiva del gobierno de *Sadam Hussein* previsto por la famosa Resolución 1441⁵⁷³ del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, esto es, prácticamente una década posterior a la primera guerra del Golfo.

⁵⁷¹ UN Doc. ST/SGB/1999/13.

⁵⁷² Esta intervención militar que empezó como una misión “*de imposición*” de Paz y acabó como una misión de “*mantenimiento*” de la Paz, fluctuando entre distintas situaciones y ambientes que dentro de ese país cualquier contingente allí involucrado se pudiera encontrar, fue en cualquier caso ya pretextada desde su inicio por motivos del terrorismo internacional -acreditado tras el 11-S- y la sospecha de tenencia por el régimen de *Sadam Hussein* de armas de destrucción masiva. Esto fue así a raíz de las dificultades que se pusieron a las actividades de investigación y de su verificación sobre el terreno por parte de los organismos competentes (OIEA), previo bloqueo comercial internacional impuesto por *Naciones Unidas* a *Iraq*, por lo que nos vemos en la obligación de asentar también aquí las particulares conclusiones aprendidas de tal experiencia (“trabajo de campo”) como componente del contingente español.

⁵⁷³ Se aprobó el 8 de noviembre de 2002. Vid Anexo I.

Se trató prácticamente de una guerra que, tras el 11 de septiembre de 2001 (11-S), al estar excusada por la lucha antiterrorista puede calificarse de «preventiva», probablemente el primer antecedente histórico de la misma⁵⁷⁴, y sin la existencia de una unanimidad real para emprenderla por parte de los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Esa nueva forma de actuar podría ser interpretada como una modificación fundamental del principio de autodefensa, tal y como está recogido en el artículo 51 de la Carta de *San Francisco*, al redefinir un nuevo concepto de «*ataque inminente*», incluyendo como causa justificativa las amenazas procedentes de actores no estatales o estatales fallidos.

Al zarpar de puerto patrio *el buque Galicia* de la fuerza naval su llegada prevista a otro, el de *Umm Qsar*, sería el día 9 o 10 de abril del 2003. Se planteaban ya entonces algunas cuestiones que hoy todavía siguen vigentes, tales como: *¿Es la lucha antiterrorista internacional, o, mejor dicho, cuándo lo es, justificativa por sí misma de un derecho de injerencia humanitaria contra la soberanía estatal o, incluso, onusiana en su caso?, ¿Podía caber con la intervención una solución indirecta al conflicto árabe-israelí?*

De antemano «los objetivos políticos propuestos» fueron poner de manifiesto la firme resolución del Gobierno español de luchar contra cualquier tipo de agresión de carácter terrorista, mostrar la solidaridad nacional de la lucha de la comunidad internacional contra el terrorismo y colaborar en la reconstrucción y estabilización de *Irak*.

XVI.III.2. El análisis previo de la misión, ya en «la mar»

La situación general existente se resumía en que el reiterado incumplimiento de *Irak* de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de *Naciones Unidas* (1441), así como el hecho de que *a priori* se sospechara que dicho Estado continuase disponiendo de arsenales de armas de destrucción masiva y vectores de largo alcance para su lanzamiento suponía un riesgo importante para la seguridad mundial. Esta situación, *grosso modo*, al menos sí «explicó» desde el punto vista histórico que una coalición internacional, liderada por *Estados Unidos*, iniciase el día 20 de marzo del 2003 una campaña militar para hacer cumplir las citadas Resoluciones y asegurar la paz, seguridad y estabilidad en la zona, dentro de la cual se estaban conduciendo por aquellas fechas operaciones⁵⁷⁵ militares, con

⁵⁷⁴ A juicio de algún analista se ha llegado a afirmar que la tercera guerra de Irak ha sido una «guerra de la nueva era», así en **RODRÍGUEZ ROCA, R.** (2003). Premio Hernán Pérez del Pulgar: «*Fuerzas terrestres en la guerra de Irak: una aproximación al campo de batalla futuro. Lecciones identificadas en la tercera guerra del Golfo*», Ministerio de Defensa, MADOC/Ejército de Tierra.

⁵⁷⁵ Los hechos bélicos iniciales fueron los siguientes:

1. El domingo 23 de marzo, un convoy de la 507 Compañía norteamericana de mantenimiento fue emboscado en *Nasiriyah*, y doce soldados fueron capturados o muertos.

cierto grado de oposición, en el territorio iraquí. En esta campaña, *una vez finalizadas las operaciones militares, se preveía necesario llevar a cabo acciones para la estabilización y reconstrucción de Irak, de manera que pudiese reintegrarse la situación de normalidad y legalidad en el menor tiempo posible*⁵⁷⁶.

En cuanto a las fuerzas oponentes, desde el punto de vista español no se esperaban acciones por su parte. *Sin embargo, sí se preveía un ambiente inicial semi-permisivo y no se podían descartar acciones aisladas de elementos no controlados, tanto de fuerzas regulares o de población civil que estuviese en contra de la coalición*. Los factores de fuerza con que contaba el régimen iraquí, lo que no era poco, era el apoyo de la opinión pública internacional en general y la del mundo árabe en particular; *el apoyo de grupos terroristas islámicos* y el conocimiento del terreno. En cuanto a sus debilidades explotables eran la inestabilidad política y social tras el conflicto y su grave crisis económica; la probable enemistad de la población iraquí hacia el régimen depuesto, por considerarlo responsable de la situación del momento; y, por último, la necesidad de ayuda humanitaria de la población en la situación posconflicto. En cuanto a las fuerzas propias de 900 efectivos la JFT (*Joint Task Force*) de la operación *Sierra Juliett* estaba formada por dos grupos tácticos, uno terrestre y otro naval. El propósito del mando superior a nivel político-militar consistía en participar en la reconstrucción y estabilización de Irak; hacer cumplir las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativas a *Irak*, en concreto las 678, 687, 741 y 1441; garantizar el normal funcionamiento de las instituciones y beneficios públicos de Irak; y evidenciar la falta de legitimidad del presidente de *Irak* ante la opinión pública. A nivel estratégico se resumía en alistar, desplegar y sostener en *Irak* una fuerza para realizar tareas de apoyo y ayuda humanitaria posconflicto. De este modo su expectativa deseada se cifraba, a nivel político militar, en alcanzar la normalidad social e institucional en una *Irak* recuperada; y a nivel estratégico,

2. Al día siguiente, más de 30 AH-64 D Apache tipo longbows intentaron atacar posiciones de la Guardia Republicana al sur de *Karbala* chocando contra un muro de fuego de armas ligeras que derribaron un helicóptero y dañaron el resto (el hecho constituyó un serio revés para el prestigio del Apache).

3. Para rematar las cosas, tal como afirma en opinión de **RODRÍGUEZ ROCA, R.** (2003) «Premio Hernán Pérez del Pulgar»: *“Fuerzas terrestres en la guerra de Irak: una aproximación al campo de batalla futuro. Lecciones identificadas en la tercera guerra del Golfo”*, Ministerio de Defensa, MADOC/Ejército de Tierra., «*el 24 de marzo gran parte del sur de Irak estaba envuelto en una cegadora tormenta de arena, por lo que los helicópteros no pudieron volar y los convoyes de abastecimiento tuvieron que esperar, dejando algunas de las unidades avanzadas desabastecidas de comida y otros recursos.*»

⁵⁷⁶ Ante esta situación el Gobierno español decidió contribuir a las operaciones de estabilización y reconstrucción de *Irak* con el envío de una fuerza conjunta a territorio iraquí, inicialmente a la ciudad de *Basora*, para realizar tareas de apoyo y humanitarias a la finalización del conflicto y que colaborase así en la finalidad y reconstrucción de *Irak*. Estaba previsto que las operaciones de las fuerzas españolas se llevaran a cabo una vez finalizadas las operaciones militares en el teatro de operaciones de *Irak*, y, por tanto, una vez que las Fuerzas Armadas iraquíes hubieran sido derrotadas por la coalición.

que la situación evolucionase de manera tal que ya no fuera necesaria la presencia de las unidades españolas en el área de operaciones y éstas pudiesen ser replegadas en sus bases. El área de operaciones (*Joint Operation Area*) establecida para esta operación era la misma que para la famosa operación Libertad Duradera, originalmente llamada Justicia Infinita debido al impacto del desastre del 11-S, y se correspondía con 25 naciones⁵⁷⁷. El centro de gravedad operacional⁵⁷⁸ era lograr el apoyo de la opinión pública y el pueblo iraquí a las tareas humanitarias posconflicto.

XVI.III.3. El área bélica y sus características La ocupación

Para tener una idea del país en el que con los anteriores fines la fuerza española pretendía operar, *Irak*, lo primero que se debía tener en cuenta es que geográficamente tiene frontera con cinco países: al Norte con *Turquía*, al Este con *Irán*, al Sur con *Arabia Saudí* y *Kuwait*, y al Oeste con *Jordania* y *Siria*. Si la entrada en barco era siguiendo la «orilla» de *la península Arábiga* desde *Yibuti*, resultaba fácil comprender que la entrada natural al país (pasado el estrecho de *Ormuz*) iba a ser su estuario sur en el Golfo Pérsico, concretamente en la llanura aluvial que está rodeada al oeste por el desierto, al noroeste por la meseta de *Al-Jazhira* (la isla) y al nordeste por la zona montañosa donde se encuentran los kurdos –pueblo que aspira a tener un Estado propio hasta la fecha internacionalmente no reconocido, *el Kurdistán*, y que se asienta en países limítrofes, entre ellos también *Turquía*–; es decir, en definitiva donde desembocan los dos grandes ríos (*Tigris* y *Éufrates*) de la antigua *Mesopotamia* (“entre-ríos”) y cuyo puerto más importante se trata –se trataba– de *Umm Qsar* (a día de 3 de abril de 2003 ya en poder de los aliados, gracias al Séptimo de Caballería de la III División marines)⁵⁷⁹. La

⁵⁷⁷ (*Afganistán, Bahrein, Yibuti, Egipto, Etiopía, Eritrea, Irán, Irak, Jordania, Kazajistán, Kenya, Kuwait, Kirgistán, Omán, Pakistán, Qatar, Arabia Saudí, Seychelles, Somalia, Sudán, Tayikistán, Turkmenistán, Emiratos Árabes Unidos, Uzbekistán y Yemen*) así como los espacios marítimos del Mar Rojo y del Océano Índico contenidos entre las costas de esos países, los meridianos 32 grados E y 70 grados E y el paralelo 6 grados S.

⁵⁷⁸ Como puntos decisivos tenía los siguientes:

- Garantizar el tránsito a la zona de despliegue, inicialmente el puerto de Basora, en Irak.
- Reconocimiento de la posible zona de despliegue.
- Desplegar en tierra el contingente terrestre.
- Establecer la estructura de apoyo logístico.
- Garantizar la protección de la JFT Sierra Juliette.
- Establecer una estructura de contactos con la población y autoridades civiles de la zona de despliegue.
- Integración de las operaciones de la JFT *Sierra Juliette* en las operaciones generales aliadas.

⁵⁷⁹ Dicho sea esto último bajo la precaución de que a priori –si se hablaba de guerra– «los visos» del tipo de guerra concerniente era «no solo la de guerra de guerrillas por parte de las fuerzas iraquíes sino también la convencional propia de la guerra moderna», toda vez que además de saberse que había un ejército regular de contención, una Guardia Republicana previsiblemente más preparada y ofensiva, así como de una guardia especial republicana y fuerzas también paramilitares de contrainsurgencia (los fedaiyines), se tenía conocimiento de que, por un lado, además del atentado con coches-bomba realizados por iraquíes presuntamente «civiles» dirigidos a la entrada de asentamientos de la coalición (con la consiguiente autoinmolación de los atacantes), por otro lado el miércoles día 23 de abril de 2003 habían sido disparados hacia aquel

resistencia en él fue de cinco días y al menos uno de ellos en combate. El puerto de destino sólo tenía un camino náutico explorado y limpio de unas 200 yardas; y a su llegada aguardaría la ayuda acuática aliada de desminado⁵⁸⁰.

A día de viernes 4 de abril de 2003, se significa que –según noticias de prensa– el aeropuerto de Bagdad estaba bajo control aliado y amenaza de uso de armas no convencionales, esto es, químicas o bacteriológicas, por lado iraquí⁵⁸¹. No obstante, parece ser que a primeros de abril las fuerzas aliadas ya se encontraban a sólo unos 35 kilómetros de distancia respecto de las puertas de *Bagdad*, esto es, su capital. Pese a este avance relativamente rápido también era notorio que las zonas urbanas no estaban siendo del todo ocupadas por aquel entonces, sino meramente sitiadas.

XVI.III.4. El régimen jurídico

Al ser la ocupación bélica una institución peculiar del Derecho de la Guerra Terrestre la normativa jurídica que la regula se centra a nivel internacional, y con carácter de simple costumbre, en la Sección Tercera (artículos 42 a 56) del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 que es Anexo a la Convención II de La Haya, a su vez del mismo año y contenido. Asimismo, el propio Reglamento de Campaña Español en su artículo 871 distingue: «...*la ocupación puramente militar o transitoria y la posesión legal o definitiva*. Esta última es de derecho adquirido y consolidado por un tratado o convenio, mientras que aquélla no es más que un poder de hecho, conferido temporalmente por la suerte variable de las armas.» Según el artículo 42 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre: «*Un territorio se considera ocupado cuando se encuentra actualmente colocado bajo la autoridad de un ejército hostil. La ocupación se extiende solamente al territorio*

puerto dos misiles de tierra iraquíes (si bien ignorándose los daños personales y materiales ocasionados).

⁵⁸⁰ La tripulación del buque Galicia tuvo que quedar inmovilizada en zafarrancho de combate en sus puestos asignados (camarotes y sollados) sin que pudiera caérsele siquiera una cuchara al suelo –metálico– del barco, todo para evitar la posible expansión de sonda acústica que pudiese activar una mina naval iraquí.

⁵⁸¹ Según fuentes de inteligencia, a día 6 de abril de 2003, el nivel de peligrosidad de la misión sencillamente se resumía en que era alto el nivel de alarma de atentados terroristas, medio el de disparos de misiles (el *Seersuker*, con 30 misiles, se encontraba a unos 50 kilómetros al norte de Basora), mientras que el de atentados en superficie y en la mar (buceadores) era bajo; respecto de armas no convencionales era prácticamente nula la amenaza nuclear, no así la bacteriológica ni la química, ya a través de gases (carbunco-ántrax o serín, por ejemplo) o el problema del agua, donde en *Umm Qsar* parecía ser que escaseaba y ya se había producido «pillaje, saqueo, rapiña y vandalismo» entre una población civil cada vez más desesperada. Debía tenerse en cuenta que en el desarrollo de las hostilidades la toma aliada del aeropuerto de Bagdad suponía cerrar una vía de escape a la posible fuga de *Sadam* de la capital, que en *Basora* la huida de la población civil no podía entorpecer su asedio y que, de hecho, la fuerza británica esperaba que cuanto mayor fuera la salida de aquélla más relativamente fácil sería un combate urbano. De la caída de *Basora* parece ser que dependía la mayor o menor seguridad en *Umm Qsar*, cuyo puerto tenía, tal como ya se expuso, una vía de entrada parcialmente desminada por la fuerza naval de la coalición.

donde tal autoridad ha sido establecida y puede ser ejercida.» Aplicado este precepto a la situación comentada era claro que la zona sur de Irak estaba ocupada por la fuerza británica, en concreto por el *Grupo Táctico del Regimiento del Duque de Wellington*, en tanto en cuanto el territorio de que se trataba, al final un dibujado «huevo de ganso» sobre el mapa de *Umm Qsar*, carecía además de ejército propio por cuanto que estaba derrotado.

La ocupación *británica aliada* era productora de consecuencias jurídicas, entre éstas, se dice en el artículo 55 del meritado Texto Consuetudinario antes ya mencionado que: «El Estado ocupante no se considerará más que como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, montes y explotaciones agrícolas pertenecientes al Estado enemigo y que se encuentran en el país ocupado; deberá ser salvaguardia del fondo de estas propiedades y administrarlas según las reglas del usufructo.» A esto se sumaba que las condiciones climáticas, por las fechas citadas, se correspondían con las propias de un clima continental de temperaturas extremas; así normalmente se preveía que entre julio y agosto rondasen entre los 33 a 51 grados centígrados y con una alta humedad relativa, lo que además hacía lógico el porte de un uniforme árido (el de los norteamericanos en la primera guerra del Golfo) y otras precauciones sanitarias aconsejadas por los instructores de guerra⁵⁸². Respecto a su economía, muy brevemente decir que consta el precedente de que siendo un país predominantemente agrícola en el período de 1950-1958 Irak fue el segundo país más fuerte del mundo árabe debido a su riqueza petrolífera ubicada al Norte – entre *Mosul* y *Kirkuk*– y en el Sur fronterizo con *Kuwait*. En cuanto a su población su densidad se contabilizaba en 52 habitantes por kilómetros cuadrados en una extensión la mayoría desértica –de 438.317 kilómetros cuadrados–, es decir, como si se tratara de España descontando –por ejemplo– Andalucía, lo que hace un total de unos 22 y pico millones de habitantes; con una infraestructura de casi 2.500 kilómetros de vía férrea y 33.000 y pico de carreteras (no todas asfaltadas), siendo los dos únicos aeropuertos internacionales los de la capital (*Bagdad*, con unos 5.000.000 de habitantes) y su segunda ciudad más grande (*Basora*). Entre sus etnias predominaba la árabe con un 75% frente a la kurda (20%) y otras minorías como pudieran ser la turcomana, asiria, beduina, armenia o iraní (persa). No era de extrañar que el idioma oficial fuese mayoritariamente el árabe excepto en el Norte, mientras que en cuanto a la religión predominase la musulmana en un altísimo porcentaje. Respecto a esta última si bien un 60% eran *chiíes*, aunque pudiera parecer lo contrario la religión suní burguesa y de los *kurdos* constituida por un minoritario 40% (también *Sadam*) era la clase dirigente e intelectual del país

⁵⁸² Como, por ejemplo el poner vueltos en las botas los calcetines para evitar en el desierto las picaduras de alacranes o víboras, o la de llevar un pañuelo en el cuello para evitar una fácil picadura de mosquitos.

y dominaba las dos principales ciudades. En cuanto a la Historia y régimen legal autóctono de Iraq nos remitimos a la nota sobre el respecto⁵⁸³.

XVI.III.5. El problema del estatus bélico

Sobre el Derecho aplicable: La misión permitía utilizar las armas por la fuerza en supuestos específicos –de ahí las reglas de enfrentamiento–, motivo por el cual resultaba necesario de inmediato regular jurídicamente ya, a través del Derecho de la Guerra, tales supuestos⁵⁸⁴, toda vez que llegado el caso también esa clase de fuerza, atendiendo a que se encontraba integrada en una fuerza multinacional de coalición beligerante: «En principio podía encontrarse en la circunstancia tanto de tomar prisioneros como, de contrario, de verse capturado su personal por parte iraquí.» Si se hubiera planteado ese último supuesto, debía tenerse en cuenta: Que el conflicto en sí, en esas fechas, todavía estaba vivo. Que hasta el momento no se trataba, pues, de una misión de «paz» posconflicto; al menos en puridad de hechos, otra cosa es en *desideratums* de futuro inmediato. Que la Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas y el Personal Asociado, de 9 de noviembre de 1994, establece claramente en su artículo 20 que nada de lo dispuesto en esa Convención afectará a la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario: «*En relación con la protección de las operaciones de Naciones Unidas y del personal de Naciones Unidas ni a la responsabilidad de ese personal de respetar ese derecho*».

Por tanto, se interpretaba que a partir de la entrada en vigor de la citada Convención –y desde la perspectiva española– ya no debía haber ninguna duda sobre la aplicación del Derecho de los Conflictos Armados (inclusive a las operaciones de paz onusianas, de las que no era aún el caso, según la normativa de la comunidad internacional). Es decir, independientemente del *ius ad bellum* y, a tenor de la reminiscencia jurídica de una vieja polémica, de que la guerra fuera justa o no. Además, si bien sí para el Reino de *España*, sin embargo, en un conflicto estadounidense-iraquí los importantes Protocolos Adicionales de 1977 a las Convenciones de *Ginebra* de 1949 no eran aplicables e invocables para ante las dos potencias estatales enfrentadas por falta de la correspondiente firma estatal de ambas, con lo que la posición de la propia misión española podía verse «cristalinamente resentida» para temor sobre todo de los pacifistas nacionales

⁵⁸³ Vid Anexo I.

⁵⁸⁴ Una anécdota en travesía fue la siguiente: la noche del lunes 8 de abril de 2003 hubo por la proa, a estribor del buque, sobre las diez y media, una patrullera militar (al parecer iraní) haciendo una maniobra cercana a la fragata Reina Sofía consistente en disuadir la entrada en sus aguas territoriales próximas; tal circunstancia simplemente obligó a tener preparada en el castillo de puente una ametralladora apuntada a ese blanco por si la cercanía de la embarcación se tornase en una amenaza real que, por suerte, quedó desvanecida al observarse que en un determinado momento cambió de actitud alejándose de su rumbo. No se hizo, pues, más que aplicar las reglas de enfrentamientos.

irredentos, alborotadores políticos o no, en cualquier caso nunca escarmentados por el hecho siempre latente de existencia universal y milenaria: la guerra. A mayor abundamiento, según el artículo 2 común de los cuatro Convenios de *Ginebra* (desde 1949), la aplicación de ese Derecho, por un lado, no depende en la práctica de una declaración formal de guerra –que no la hubo tampoco en este caso–, ni de que haya habido un reconocimiento de ese estado de guerra -que sí lo hubo-, ni tampoco de la denominación que puedan tener las partes en conflicto (el «eje del mal» o los «enemigos de Alá»): basta la existencia de un conflicto armado, y éste se produce no «cuando las ranas se peinan canas» sino cuando una Parte usa la fuerza de las armas contra otra Parte; por otro lado, según el mismo precepto el Derecho de la Guerra se aplica en todos los casos de «ocupación», incluso cuando no se encuentra resistencia armada, de forma que incluso si esta operación hubiera sido emprendida de acuerdo con el *ius ad bellum* por la propia Organización de Naciones Unidas (la famosa Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1441 para muchos no bastaba) para la imposición de paz (en virtud del Capítulo VII de la Carta de *San Francisco*) las normas de Derecho de la Guerra como *ius in bello* también debieran haber sido aplicadas en cualquier caso por el contingente español.

Régimen jurídico aplicable: *el estatuto o no de beligerancia*. Los únicos que tienen derecho a participar directamente en las hostilidades son los combatientes, en cuyo caso tienen la protección específica del Derecho de la Guerra: Si nuestra fuerza se integraba con la de la coalición era fácil comprender que en aquellos momentos podía haberse entendido por los iraquíes un supuesto análogo al de la situación de los “comandos” y en general de las fuerzas que, perteneciendo al ejército enemigo y llevando su uniforme, operan en la retaguardia de las fuerzas propias, habiendo sido aerotransportados a la misma o trasladados de cualquier otra forma. No hay duda, según nuestro modesto parecer, que (salvo el personal médico y religioso) desde el punto de vista del Derecho de los Conflictos Armados la participación española se cifraba en fuerzas regulares que gozaban del estatuto de beligerancia legítima y sus miembros de la cualidad de combatientes legítimos. A ojos de cualquier iraquí «operar» logísticamente detrás de la línea del frente, de la forma que fuese, no era una cosa más que otro modo de combatir, cuya licitud además no podía ponerse en duda, por cuanto que ese suceso no está prohibido y existe el precedente histórico en la Segunda Guerra Mundial de que la orden alemana de 18 de octubre de 1942, por la que se ordenó exterminar a ese tipo de comandos, fue juzgada posteriormente como un «delito de guerra». En la práctica, es fácil imaginar que la expectativa era entonces la de que los iraquíes acogiesen así un concepto amplio (lato) de beligerancia predicable a la fuerza, es decir, para ellos eran beligerantes todos los que tomaban parte en una guerra, cualquiera que fuera la forma en que lo hicieran, lo cual no quiere decir que por lo menos en la teoría ello representase para España una menor protección para su fuerza, toda

vez que si fuera así el artículo 43 del Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de *Ginebra* –relativo a la protección de víctimas en los conflictos armados– estipula unos requisitos del combatiente legítimo cuyo cumplimiento le otorga jurídicamente a su favor el gozo como tal de un estatuto específico consistente en: a) El derecho a participar en las hostilidades; b) De ser tratado como prisionero de guerra cuando cae en poder del enemigo y recibir –se insiste, en la teoría jurídica– la protección y cuidados debidos a los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas (so pena en caso contrario de poder incurrir –*a posteriori*– en un caso de responsabilidad de un posible «crimen penal internacional o de violación de las leyes y usos de la guerra»). Aquellos requisitos, según la propia literalidad del precepto, son: 1. Que pertenezca a una fuerza organizada; 2. Que tenga un mando responsable de la conducta de sus subordinados; 3. Estar sometido a un régimen de disciplina interna; y por último, 4. Que haga cumplir, *inter alia*, las normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados. Si los mismos los aplicamos al caso se observa que de hecho y de derecho se cumplían todos, con dos únicas excepciones: el personal sanitario y religioso, que no son combatientes (artículo 43,2 del Protocolo I Adicional). Otra cosa es que en la práctica, y sobre todo ante el «desmesurado» reproche de la falta de consenso por el *Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, se tuviera una voluntad firme real de ejercer el derecho a participar directamente en las hostilidades mientras durasen, puesto que –según vimos– la meta era participar en la contribución a la paz una vez acabadas aquéllas, no en ningún combate premeditado.

La conclusión a la que se llegaba entonces, desde el punto de vista jurídico, se centraría en tener claros al menos los siguientes asertos: 1. Que el Derecho aplicable, pese a poder considerarse la operación como una misión deseable de paz, era el Derecho de la Guerra sin eufemismo alguno; 2. Que el estatuto aplicable a la fuerza, para garantizar su protección con arreglo a dicho Derecho, era el de beligerancia legítima; 3. Que si el conflicto no hubiera «acabado» formalmente a la llegada del *buque Galicia* a *Umm Qsar*, la fuerza española en él transportada se podía haber encontrado en la situación tanto de capturar a un iraquí, en cuanto miembro de su fuerza regular, como en el caso inverso, en cuyo último caso (que gracias a Dios no pasó), al tenerse teóricamente el estatuto de beligerancia y combatientes legítimos el régimen jurídico de trato a esperar (por lo menos, se insiste, en la teoría) hubiese sido el de *prisionero de guerra*, esto es, el contemplado en el III Convenio de *Ginebra* de 1949. Sin embargo, la guerra terminó precisamente el día de llegada del *buque Galicia* a puerto de *Umm Qsar*, es decir, para que nos entendamos todos: el mismo día (9 de abril de 2003) en que televisivamente se ve cómo cae en Bagdad la famosa estatua cementada de *Sadam*. Y a partir de aquí sí ya fue donde empezó en realidad la deseada misión de paz posconflicto.

XVI.III.6. La misión posconflicto

Para contrarreplica de la estática doctrina posiblemente reticente a esta opinión -desde el punto de vista del *ius in bello* (no sabemos si *ad bellum*) legitimadora de la acción española en *Irak*, e independientemente de que aquélla estuviera o no respaldada por el dato sólo formal de un Acuerdo del *Consejo de Seguridad de Naciones Unidas* (único dato que al parecer intelectual y jurídicamente nos enfrentan como diatriba)-, se añade otro argumento. Nos referimos a aquel que, a la vez, servía de refuerzo al espíritu que psicológica y, fuera de cualquier tabú, invadía la participación militar española en aquellos momentos: si no hay por un sujeto una hostilidad real en la guerra, pese a verse involucrado en ella, o se toman las armas o, por el contrario, es sabido que no cabe sólo ser neutral, sino que también cabe el estatuto de no beligerancia. Sólo dos no se pelean si uno no quiere, se suele decir. Es más, para **RODRÍGUEZ ROCA**⁵⁸⁵, por ejemplo, una de las cosas que ha confirmado la guerra de *Irak* es que a nivel táctico es primordial que las fuerzas dispongan de suficiente flexibilidad para evolucionar rápidamente de situaciones de máxima exigencia, como son operaciones de guerra, a otras de paz, y, algunas veces, de realizar ambas simultáneamente (pensemos en el caso de *Afganistán* con la operación *Tora Bora* y *Anaconda*, por ejemplo.) Pues bien, caso de no haberse acabado la guerra en el momento advertido, tal como algunos quizá también pudieran reprocharnos, entendemos que en todo caso el deseo de la fuerza española y, por tanto, se supone que también de quien la enviaba, pudiera «a nuestro juicio» haberse visto cubierto jurídicamente bajo la realidad – aquí ya no presunta– de que la ayuda prestada por el español allí no sólo era a una de las partes, la coalición atlántica, sino también al pueblo iraquí: a unos en logística y a otros en salud. Ayudar activamente a ambos contendientes es, precisamente, lo característico de ese «estatuto de no beligerancia» (o de neutralidad activa); y ello, dicho de forma muy simplista, frente a la negación de cualquier tipo de ayuda a ningún contendiente (que eso sí es lo característico de «la neutralidad» como conducta pasiva⁵⁸⁶).

¿Y cómo se manifestó en la práctica ese estatuto de no beligerancia que, como tesis de legitimidad de actuación, pudiérase haberse sostenido en torno la participación militar española en Irak? Por cualquier “hemeroteca» relativa a aquella época se comprobará que el servicio médico español de la misión llevó a cabo intervenciones médicas de iraquíes en el “campo de prisioneros de *Camp Bucca*”, regentado por el Coronel *Ecke* (bombero del 11-S y reservista para su

⁵⁸⁵ **RODRÍGUEZ ROCA, R.** (2003) Ob. cit. (Prólogo).

⁵⁸⁶ Pensemos, por ejemplo, que históricamente ya en la Segunda Guerra Mundial la postura de la *España* de *Franco* ante los dos adversarios que combatían varió en el curso de aquélla: *Franco* solo adoptó el estatuto de neutralidad pura y dura, si se nos permite la coloquial expresión, «cuando le vio las orejas al lobo», es decir, cuando superada la fase de los *Acuerdos de Hendaya* (con *Hitler*) y *Vordiguera* (con *Mussolini*) la derrota final *italoalemana* ya se comenzó a fraguar en el Norte de *África* por las victorias *anglo-norteamericanas*.

mayor gloria), a unos 20 kilómetros de *Umm Qsar*, en pleno desierto. Precisamente con motivo de las labores sobre seguridad al personal médico y sanitario que allí se realizaban por parte del soldado de turno, se entendió que el alcance de la labor de protección asignada a ese soldado no conllevaba implícitamente en ningún caso la «orden de custodia» del prisionero-paciente, sino que su concreta función se terminaba en la mera vigilancia, protección y escolta del médico o sanitario español. La diferencia entre uno y otro supuesto era la siguiente: si se hubiera entendido que se tenía la «orden de custodia» del prisionero-paciente para poder desempeñar la protección requerida, entonces entenderíamos que se hubiera colocado a nuestro soldado en la misma postura que la del verdadero beligerante contra el otro (es decir, la misma que la del soldado americano frente al prisionero iraquí); esto es, y dicho en román paladino, con el derecho no sólo a interrogarle⁵⁸⁷ sino que, es más, a dispararle en caso de una fuga irremediable; por el contrario, dado que se entendió que el soldado español desde luego no tenía dada ninguna «orden de custodia» sobre los prisioneros-pacientes iraquíes, en caso de fuga irremediable de éstos, dado también a su estatuto de no beligerancia antes ya sostenido, el soldado español no tenía por qué dispararle. Esa incidencia sólo estaba prevista para el caso de que la citada huida fuera de hecho peligrosa para la integridad personal de algún médico o sanitario español.

La fundamentación jurídica de esta solución. En el primer párrafo del artículo 39 del III Convenio de *Ginebra*, aplicable a todos los actores (*Estados Unidos, Irak y España* –desde el año 1953). En él se estipula que: «*Cada campo de prisioneros de guerra estará colocado bajo la autoridad directa de un oficial responsable perteneciente a las Fuerzas Armadas de la potencia en cuyo poder se hallen los cautivos* –léase aquí Estados Unidos y no España. *Este oficial poseerá el texto del presente Convenio, vigilará que las presentes disposiciones lleguen a conocimiento del personal puesto a sus órdenes y asumirán la responsabilidad por*

⁵⁸⁷ El día 9 de mayo de 2003 se visitó el *campo de prisioneros de Camp Bucca* y gracias al coronel militar jurídico norteamericano (*Seventino*) se puede contar en estos momentos la experiencia de cómo se le hacían los interrogatorios al personal iraquí prisionero: en el interior de una caravana de camión tipo camping se encontraban tres mesas. Antes de entrar y ser interrogados se hallaban afuera sentados unos 50 aprehendidos formando un rectángulo. De pie un soldado norteamericano les leía los apartados del III Convenio de *Ginebra* que les atañían, quizá para predisponerlos legítimamente a dar información. Una vez iniciado el interrogatorio individual dentro de la caravana enseñaban la chapa de su muñequera, se le tomaban datos en un acto de simples diligencias preliminares, enseñaban sus pertenencias de los bolsillos, los tatuajes sospechosos, y dejaban en el suelo el paquete de lo que se les había entregado (un plato, una manta, el *Corán*, un mono azul y productos de higiene). Estando presente un traductor y dos soldados, uno norteamericano y otro británico, le informaban sin ninguna asistencia letrada que el objeto de sus preguntas era saber verdad, que si mentían podían entrar en contradicciones, que se les preguntaría sus retractaciones y que, tal circunstancia, podía perjudicarles ya que eran los casos típicos de justificación de mayor permanencia en el campo, por lo que se les exhortaba por su bien a la colaboración y que dijese cuanto fuese cierto para poderse ir a su casa cuanto antes. Se observó que de este interrogatorio, quizá «táctico» ya de antemano, ninguno se negó a ser preguntado y a solo decir su nombre, empleo, unidad y fecha de nacimiento; al contrario: “cantaban” hasta *la Traviatta de Verdi*.

su aplicación, bajo el control de su Gobierno» (el guión comentado y cursiva son propias). En que según el artículo 12 del I Protocolo Adicional de 1977 a los de Ginebra de 1949, aplicable a *España* desde 1989, *España* debía proteger a sus unidades sanitarias tal y como éstas son definidas en el artículo 8 del mismo texto últimamente citado⁵⁸⁸, no quedando exenta de observar dicha protección bajo condición, en materia de disciplina, de lo establecido en el artículo 42 del III Convenio de *Ginebra* aquí ya sí aplicable a todos los actores –*Estados Unidos, Irak y España*, entre otros–, esto es, que: «*El uso de armas contra los prisioneros de guerra, en particular aquellos que se evaden o intentan evadirse, sólo constituirá un recurso extremo al cual habrá de preceder siempre una orden apropiada a las circunstancias.*» La cursiva es de nuestra cosecha. Por último, con el fin de apuntillar el anecdotario de hechos célebres y de carácter histórico de tan peculiar viaje decir que la detención de *Abu Abbas*, esto es, el terrorista que en su día hundió el buque italiano *Achille Lauro*, tuvo lugar en *Bagdad* el día 17 de abril de 2003⁵⁸⁹.

XVI.III.7. Lecciones aprendidas proyectadas en el caso del Líbano (Diferencias y Similitudes)

El presente trabajo de campo ha pretendido enfocar su estudio desde el punto de vista dinámico de un conflicto en sus inicios, no estático. Contempla así la institución de la ocupación como tal figura jurídica del derecho de la guerra

⁵⁸⁸ El artículo 8 del Protocolo, referente a la terminología «auténtica» relacionada, en su letra e dispone textualmente que se entiende por «*unidades sanitarias*» los establecimientos y otras formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios, a saber: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico y tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. La expresión comprende, entre otros, los hospitales y otras unidades familiares, los centros de transfusión de sangre, los centros e institutos de medicina preventiva y los depósitos de material sanitario, así como los almacenes de material sanitario y de productos farmacéuticos de estas unidades. Las unidades sanitarias pueden ser fijas o móviles, permanentes o temporales.

⁵⁸⁹ Si la fuerza española se hubiera visto implicada en un cometido semejante debe tenerse en cuenta que en materia de centros de detención existen las siguientes prevenciones: 1. Que es un campo que afecta a las operaciones. 2. Que al estar éstas conducidas de acuerdo con la Ley Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto criterio de trato digno estándar al que nos podemos remitir sería el del siguiente articulado del III Convenio de Ginebra de 1949, y relativo al trato de prisioneros de guerra. 3. Sobre las condiciones de habitabilidad de tales centros el artículo 25, tercer párrafo dispone que: « (...) *Los locales afectos al uso individual y colectivo de los prisioneros deberán estar completamente al abrigo de la humedad y resultar lo suficientemente calientes y alumbrados, especialmente entre la caída de la tarde y la extinción de los fuegos. Se tomarán las máximas precauciones contra el peligro de incendio. En todos los campos donde se hallen concentrados prisioneros de guerra al mismo tiempo que presos, se les reservarán dormitorios aparte.*» Esto implica tener a su disposición una infraestructura mínima de duchas, aseo, comedor y, sobre todo, de atención sanitaria (habida cuenta las responsabilidades de aprehensión o custodia), toda vez que tales locales deben reunir unas condiciones higiénico-sanitarias equivalentes a las de las tropas nacionales (un «*Korimec*», por ejemplo). Asimismo la superficie total, el volumen mínimo de aire, el mobiliario y la ropa de cama estarán garantizadas, así como la ventilación directa, la iluminación y la calefacción, debiendo además existir separación entre mujeres y hombres, sobre todo en tierra asiática, africana o árabe. Por otra parte se tiene previsto el respeto de su culto y puede habilitarse uno de acuerdo a su credo religioso o que haga la función de él (capillas).

aplicable, también, a las operaciones de Paz. Y por seguir un método comparativo conclusivo establecemos sus distinguos y similitudes con otro conflicto más reciente, el libanés⁵⁹⁰.

Además, decir que en materia de Derecho penal y funcionamiento de los Tribunales ha de actuarse de manera muy cautelosa; las Fuerzas Armadas extranjeras en el contexto de una operación multinacional, ni siquiera bajo mandato ONU, *no pueden instaurar un régimen de administración de justicia distinto del existente en el país y mucho menos promulgar normas de tipificación de nuevos delitos y constitución de tribunales militares*. Esa fórmula sólo puede tener sentido a nivel Internacional por decisión de *Naciones Unidas*, por ejemplo, a través del Consejo de Seguridad al crear, en su caso, Tribunales *Ad Hoc* como los que en su día tuvieron lugar en *Yugoslavia* o *Ruanda*, o por el papel que el estatuto de Roma de 1998 se le otorga en cuanto a la posible persecución de la criminalidad cuyo conocimiento y sustanciación corresponde a la Corte Penal Internacional, entre los que en el estado actual de cosas no está el conocer de cualquier atentado terrorista sin más sino sólo cuando adquieran tal relevancia que puedan ser considerados bajo la categoría de “*crímenes de lesa humanidad*”.

En suma: a la vista de los razonamientos y del trabajo de campo realizado pensamos, como **CORRALES**, que si bien no es posible asumir una doctrina general ni a una equiparación de todos los supuestos (así no fue lo mismo la paz impuesta en *Kosovo* con su bombardeo de 1999 que “la internacionalización” posterior de ese mismo territorio al amparo del Capítulo VII de la Carta), puesto que en cada uno de ellos concurren circunstancias especiales, la normativa de la ocupación es útil a las operaciones de paz y otras situaciones dudosas al amparo, en cualquier caso, del art.64.2 del IV Convenio de Ginebra, pero siempre respetando sus mandatos y, sean del tipo que sean, *adaptándolos no sólo como elemento interpretativo sino como la normativa subsidiaria más idónea para completar los posibles casos de vacío legal con los que cualquier militar pueda encontrarse en Zona de operaciones, y entre los que también pueden estar los casos de terrorismo internacional*, debiendo significar que su virtualidad puede llegar a ser tal que inspire precedentes, acuerdos, directrices y relaciones muy positivas con todas las autoridades competentes implicadas. Esa, pues, es una de sus grandes ventajas prácticas, la seguridad jurídica, y por ello también a *los efectos de nuestro trabajo* deviene *muy necesario, pero no suficiente*, el haber tenido que estudiar previamente la institución de la ocupación.

⁵⁹⁰ Vid Anexo.

XVII. LA GESTIÓN DE CRISIS DEL TERRORISMO INTERNACIONAL POR LAS LEYES DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Este apartado es fruto de un trabajo de campo, realizado a primeros de enero del 2011.

XVII.I. La preocupación que mueve a esa gestión

Con una muestra de adultos civiles de 18 años y más, no juristas, con una cobertura demográfica muy limitada en el sentido expuesto en su publicación en Boletín Informativo nº 319 del CESEDEN, 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".

XVII.I.1. El punto de partida: Un acuerdo cuasi-universal

La militarización provisional de controladores aéreos el fin del año 2010⁵⁹¹ ha puesto otra vez sobre el tapete social el viejo debate constitucional relativo a la jurisdicción militar. Pero, *¿hay en sí mismo algo malo en ella?*⁵⁹², *¿se nos ha caído el mundo adoptando aquella medida de militarizarlos?...* En fin, partamos de la siguiente conjetura: 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

⁵⁹¹ Vid Anexo I.

⁵⁹² Según la Sección de actualidad de Noticias Jurídicas del día 11 de febrero del 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 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 5º 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 este 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 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 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.

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 de 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.

XVII.I.2. 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 (en adelante, MLN) implica que los guerrilleros, *con el fin de disfrutar de los derechos 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 12⁵⁹³ 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 (“Toma de rehenes”), también se justifica en cuanto al autor de tal atrocidad la obligación *aut dedere aut iudicare* 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

⁵⁹³ Adoptada por la Asamblea de las 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 8. Art.12: “*Siempre que los Convenios de Ginebra de 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 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I de 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 las 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 las Naciones Unidas.*”

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.

XVII.II. La problemática de la extradición

XVII.II.1. La aplicación analógica de la ley de la guerra al terrorismo

Esta última consideración, que tiene su origen doctrinal jurídico en **THARP**⁵⁹⁴, y en un Informe-propuesta del *Comité sobre Terrorismo Internacional de la Asociación de Derecho Internacional (ILA)* en la Conferencia de Montreal de 1982, bajo la dirección de **RUBIN**⁵⁹⁵, y que en alguna manera fue infructuosamente reproducido por algunas de las defensas letradas en el 11-M a efectos de reprochar la falta de jurisdicción por *España* al existir un proceso previo en *Norteamérica* por el 11-S, 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 futuro⁵⁹⁶ 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.

⁵⁹⁴ **THARP P. A.** (1978): “*The Laws of War as a Potential Legal Regime for the Control of Terrorist Activities*”, en *Journal of International Affairs*, vol.32 (1978), 91-100 (97). También en **JORDAN J.P.** (1974). “*Terrorism and the International Law of War*”, en *Military Law Review* vol. 64 (1974), 1-36.

⁵⁹⁵ **RUBIN, A. P.** (1979). “*Terrorism and Social Control: An International Law Perspective*”, en *Ohio Northern University Law Review* vol.6 (1979), 60-69 (62 *et seq.*)

⁵⁹⁶ Los dos principales partidos políticos españoles, PP y PSOE, el día 27 de febrero del 2014 lograron ponerse de acuerdo ante la iniciativa presentada por UPyD sobre la consideración del terrorismo como crimen de lesa humanidad, de forma que el Congreso instó al Gobierno a que propusiera a la CPI la inclusión del delito de terrorismo en la panoplia de crímenes de lesa humanidad. *Esta es la forma de que no prescriban, como ocurre con el genocidio. De esta manera se elude el debate iniciado sobre si el terrorismo de ETA puede considerarse genocidio en sus objetivos.* El Gobierno debe hacer las gestiones ante la Corte de La Haya. Vid. La fuente digital de esta noticia es de El País (Sección Política) “*PP y PSOE aceptan llevar el terrorismo a la CPI a petición de UPyD*”, vista el día 27 de febrero del 2014 a las 11:30 horas.

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).

XVII.II.2. El papel atribuible a la Jurisdicción Militar

E indirectamente, *la crucial relevancia que esto tendría para las Fuerzas Armadas por la atribución lógica de una competencia objetiva ya a la jurisdicción militar*. El art.14 de la Ley Orgánica de nuestra Defensa Nacional (LODN), al tratar de su naturaleza y funciones, en desarrollo de lo dispuesto en los arts.117.5 de la Constitución (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 Constitución 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 determinados 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. 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 art.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 art.122.1 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 la exigencia que establece el art.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 un voto particular de la STC 113/95 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. A esa crítica añadimos que no debiera encomendarse su defensa a jueces que son nombrados por “libre” designación, promovidos o sancionados por dicho Poder ejecutivo, con prebendas⁵⁹⁷ 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 fin y al cabo, sino por los únicos Tribunales, individual y colectivamente “independientes” en teoría: los Tribunales ordinarios, integrados material y formalmente en el Poder Judicial.

⁵⁹⁷ Por ejemplo el llamado “observatorio de la mujer” no es en sí el “el de la vida militar” (legalmente sí previsto).

La postura de considerar a la Jurisdicción Militar como “*especial*”, también la mantiene el Magistrado **VIVES ANTÓN**, en otro 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 declara en su jurisprudencia la violación del art.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 Tribunal Europeo 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. nº 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.

XVII.III.3. Su alcance y significado: juzgar ya a “enemigos”

Pues bien: volviendo a nuestra temática principal piénsese que un mismo acto (colocar una bomba, por ejemplo) por la misma persona, si es capturado en tiempo de paz le conlleva cárcel seguro, no si no lo es aunque sea “conocido” (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 (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 que se puede hablar del “enemigo” hasta en la paz, también en el Derecho habitual a aplicar (ya se habla hoy del “*Derecho Penal*”).

*del enemigo*⁵⁹⁸), y, 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.

XVII.III. La situación previa y posterior al 11-S

XVII.III.1. La 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 los *EE.UU* 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.

En *Francia*, por ejemplo, con ocasión de una decisión de la Corte⁵⁹⁹ de Apelación de *París* del 17 de Octubre de 1979 y relativa a la extradición de un

⁵⁹⁸ “*Enemigo*”, en concepto de **JAKOBS, G.** “*Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*”, en **JAKOBS-CANCIÓ MELIÁ.** (2003). “*Derecho Penal del enemigo*”, Ed. Civitas, Madrid, pp.39-40, es un ciudadano que por su posición, forma de vida, raza, religión o pertenencia a una organización, *ha huido de manera duradera del Derecho*. No es, como **SCHMITT, C** “*El concepto de lo político*”, ob.cit. ORESTES, Hector, (2001) Carl Schmitt. Teólogo de la política, Prólogo y Selección de Textos, Fondo de Cultura Económica, pp.169-223, esp.p.176), “*simplemente el otro, el extranjero*”.

Al estar fuera de la Ley no garantiza *seguridad cognitiva alguna*, déficit que expresa a través de su conducta, y por ende, al encontrarse fuera del sistema, no tiene derecho a gozar de los beneficios del mismo. Esto es así porque JACOBS sostiene un concepto normativo de “*persona*”, que viene de HOBBS, para quien los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza cuya característica principal es esa falta de *seguridad cognitiva*. Distingue entre individuo y persona. *El individuo* es real y pertenece al campo *ontológico*, al orden natural, no tiene deber u obligación. *La persona* (máscara) es irreal y pertenece al campo *deontológico*, una construcción social, el destino de expectativas normativas correspondientes a los roles, de forma que sí tiene deber u obligación en la medida en que representa a uno y, por tanto, solo tiene derecho si se ajusta a lo esperado por el grupo. Por eso **la persona es distinto del “ser humano” y solo puede ser sujeto jurídico-penal**. El enemigo, pues, no es persona sino una criatura animal, un individuo que no tiene relación con el Estado bien porque está aún en estado de naturaleza (**Hobbes**), bien porque ha roto el pacto social (**Rousseau**).

⁵⁹⁹ 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*

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 ocasiones⁶⁰⁰ 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 realizados 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.

XVII.III.2. Análisis crítico: ¿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 penas⁶⁰¹ 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*

de 1927) ya había sido una sugerencia del Instituto de Derecho Internacional (IDI) nada más y nada menos que en 1885 en un Informe, nº 1343-79, y donde el “parágrafo 2 del art.5 de Loi du 10 mars 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 politiqueo 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*”.

⁶⁰⁰ Vid. comentario **PERRUCA ALBADALEJO, V.** (2009) en el portal noticias jurídicas.com Artículos doctrinales. Sección Derecho Militar, a **STS, Sala V, de lo Militar, de 03 de noviembre del 2008** y su voto particular: “**Derechos humanos y derecho internacional humanitario (II y III): régimen de los prisioneros, la retención y la detención**”. Abril.

⁶⁰¹ Arts 35 a 41 del CPM puesto en relación con los arts.73 a 79 del CP.

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 (art.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-M, 7-J,26-N,13-N, entre otros.

XVII.IV. Enseñanzas prácticas (“del nuevo enemigo” a la vista)

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 sólo⁶⁰² 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:

1. 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 los EE.UU en base al argumento *a fortiori* sólo 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, entiéndase debidamente, puesto que en línea de principio lo mismo debiera⁶⁰³ de pasar si el etarra estuviera, por ejemplo, en *Afganistán*.
2. 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

⁶⁰² La práctica avala este criterio: así EE.UU con respecto a los *procesos de My Lai* (guerra del *Vietnam*).

⁶⁰³ Y aquí, quizá, con más razón, para evitarle aplicar *la Ley Sharia* en su caso...

- 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*.
3. 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 autores⁶⁰⁴- *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).
 4. 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 las infracciones graves⁶⁰⁵ de los Convenios y Protocolos, destacando entre ellos

⁶⁰⁴ **OPPENHEIM, L. / LAUTERPACHT, H.** (1952). “*International Law*” vol 2, séptima ed., Londres *et al.* 1952, p.588, nota 4. Para ellos el hecho de que solo algunos específicos artículos, tales como el del art.4 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.

⁶⁰⁵ Art.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 de civiles o daños a objetos civiles, tal como se definen [en el art.57, parágrafo 2 (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 art.57, parágrafo 2 (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 art.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; (g) la violencia contra la vida, la salud o el bienestar físico o mental de*

“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 civil⁶⁰⁶, 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 autor⁶⁰⁷, diversas cuestiones.

XVII.V. El trabajo de campo realizado

En un mini-experimento de tipo sociológico antes ya aludido⁶⁰⁸ hicimos una encuesta a personal civil con una muestra muy modesta donde haciéndoles saber su anonimato y voluntariedad a la colaboración sugerida se les preguntó *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*; 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, *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”

las personas, en particular el asesinato así como el trato cruel tales como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de pena corporal, (h) las penalizaciones colectivas, (i) la toma de rehenes, (j) los actos de terrorismo, (k) 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, (l) la esclavitud y la trata de personas en todas sus formas, (ll) el pillaje y (m) la amenaza de cometer cualquiera de los actos anteriores”.

⁶⁰⁶ Es decir, teniendo también como referentes el **art.13 del II Protocolo** y, por aplicación del **art.3 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**.

⁶⁰⁷ **FARER, T J.** (1971). “Las leyes de la guerra 25 años después de Nüremberg”, en International Conciliation nº 583, 42. *¿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?*

⁶⁰⁸ Publicado en colaboraciones para el Boletín de Información nº 319 del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (MINISDEF), Agosto del 2011, pp.77-88.

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. **A 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. **Ficha técnica y nuestra propia conclusión experimental**⁶⁰⁹.

⁶⁰⁹ 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 del que concluimos que sociológicamente pudiera haber indicios para afirmar que no creemos que por la

XVIII. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN EL ESPACIO TERRESTRE (I)

XVIII.I. El planteamiento general que se realiza

XVIII.I.1. Exordio previo: una óptica singular en el tratamiento del tema

El punto de vista⁶¹⁰ desde el que se trata este tema se basa en *el terrorismo del que puede sentirse víctima cualquier soldado de una Fuerza Armada y de las personas civiles que lo sigan* en los casos vistos de una ocupación o de una misión de paz. En este sentido, la seguridad en Zona⁶¹¹ de Operaciones es la primera prioridad para la Fuerza. En la ecuación que relaciona “*Métodos y medios*” serán dos datos, la norma positiva y su aplicación práctica, las variables de un cuadro cartesiano que a continuación glosamos:

XVIII.I.2. EL TRABAJO DE CAMPO

Las dimensiones no topográficas de un Plano peculiar ante la salida de patrullas: la necesaria compra de víveres y el peligro de “emboscadas”. Suele ocurrir que, con motivo de sus misiones encomendadas, un contingente armado como el español destacado en *Afganistán* tenga que organizar convoyes de vehículos y otras salidas de patrullas que intervengan en la circulación rodada y sus diferentes rutas. Por ejemplo, una de aquéllas es realizar “compra” de víveres locales. Sin incurrir en ningún tipo de “*japoneseo*” –expresión propia de la “jerga” en Zona de operaciones- se tuvo la oportunidad de asistir a una de ellas con el fin de indagar –se insiste, *desde la óptica del Derecho*- cuál era en Área⁶¹² asiática

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?*

⁶¹⁰ Esta **perspectiva** dota al citado fenómeno terrorista de cierto carácter ya **internacional** a través de la sola presencia de ese militar y civil que lo siga en un territorio que no se corresponda con el de sus nacionalidades. En el espacio terrestre es fácil de observar que el medio más idóneo, rápido y habitual con el que se suelen producir los traslados de la Fuerza de un sitio a otro, dentro del teatro de las hostilidades o del campo de actuación donde se desarrolla la misión, ya lo sea a modo de convoyes, ya lo sea a modo de patrullas, suele ser el mecánico rodado, es decir, a través de vehículos (motocicletas, automóviles, camiones, autobuses, bien civiles, bien militares, así como carros de combate y similares)

⁶¹¹ Allí, a diferencia de los indicativos previstos de siniestralidad automovilística de la Dirección General de Tráfico (DGT) cuando, por ejemplo, llega un puente de calendario, siempre se es más consciente por todo el personal involucrado de que los bienes jurídicos de la “vida” o la “integridad moral y física” no se rifan ni por capricho ni por trabajo.

⁶¹² La Instrucción de JEMAD 3/1997, actualizada a 21.VI.1999, y la 3/1999, de 15 de Octubre, de desarrollo de la O.M 104/1999, de 15 de Abril, a efectos de conceder distintivo de Operación de Mantenimiento de la Paz (en adelante, OMP) define **Zona de Operaciones** en su art.2.1, sobre ámbito territorial, “*el espacio terrestre, naval o aéreo directa e inmediatamente afectado por la realización de una OMP. Dicho espacio puede constituir todo o parte de un Estado reconocido, o afectar a varios Estados o incluso ser una zona en litigio con dificultad en el reconocimiento de fronteras. También a efectos de concesión del distintivo, se considera zona de operaciones la totalidad de las rutas terrestres, marítimas y aéreas, implicadas en el desplazamiento para el cumplimiento de la misión*”.

de Operaciones la mejor técnica de protección del convoy y sus tripulantes. Pensemos el caso de emboscadas. El objetivo de esa participación suele ser ayudar a confeccionar una norma operativa (“*nop*” o “*sop*” en el argot) que prevea las actuaciones de seguridad al menos en caso de accidente. Antes de proceder al análisis directo de las implicaciones jurídicas de tal supuesto es conveniente “dibujar” el escenario de ambiente y circunstancias locativas que puedan explicar una solución no sólo sea teórica (bidimensional) sino práctica (tridimensional) por ser empírica la fuente de la que mana.

XVIII.II. La perspectiva metódica: el tráfico rodado en zona. Las circunstancias de ambiente en un siniestro circulatorio

Por orden cronológico el conocimiento del lugar de compras lo fue, primero, con ocasión de una salida por motivo de la colisión en el trayecto de dos vehículos, *el típico choque entre un vehículo militar y otro civil*. Tal excusa sirvió para explorar el preparativo.

XVIII.II.1. La Documentación: el atestado

La documentación de los expedientes de siniestros consiste en el correspondiente *parte*, donde a veces es conveniente evitar las ambigüedades de respuesta (por quien los confecciona y completa sus modelos), asegurarse de que no falte la firma (a veces, mejor, la huella dactilar), el correspondiente *croquis* y plano confeccionados por el Jefe del convoy, y *la valoración de los daños* por los correspondientes peritos. Son precisamente las normas operativas de la Sección de Logística las que suelen encargarse de la actualización de tales datos, pero en la instrucción de estos expedientes también destacan las *fotografías* digitalizadas de los daños materiales o los *comunicados* del siniestro a la policía que en su caso corresponda, junto con los *partes meteorológicos* oficiales del momento. Todo ello conforma el atestado⁶¹³.

XVIII.II.2. La conveniencia de la inspección ocular *in situ*

No obstante, junto a tales diligencias es preciso tener en cuenta la caótica circulación rodada en ciudades como, por ejemplo, *Kabul*; y la no vigencia de normas occidentales de tráfico, significando que se considera conveniente la confección para el Expediente de *una inspección ocular y de un reportaje*, también fotográfico, del lugar de autos. Todo ello con objeto de que el Instructor y su Secretario, quienes a tal exclusivo efecto pueden tener colaboración del Oficial de información (OI), formalicen *la acreditación del estado de la calzada, la visibilidad de la vía, la existencia o no de señales de tráfico u otras observaciones que se consideren relevantes*: características de la carretera, condiciones del tráfico,

⁶¹³ *Vid. Resolución nº 64/2004, de 31 de marzo*, del Subsecretario de Defensa, por la que a efectos estadísticos se implanta un programa de recogida de información sobre la siniestralidad del personal de las FAS. Se encuentra publicada en BOD nº 68 de 7 de Abril del 2004.

vestigios de frenada, existencia o no de cambios de rasante, ambiente (polvo, lluvia, barro,...). Por ejemplo, en el trayecto se *aprecia* que cuanto más se acerca uno a la ciudad el tráfico se suele hacer más denso y dificultoso, está carente de señales de tráfico y es usual que –sobre todo- los taxis (amarillos la mayoría) se intercalen en los huecos del convoy, exigiendo mayor cuidado en la conducción.

XVIII.II.3. Las técnicas precautorias del tráfico rodado

Para precaverse del peligro de atentados suele haber procedimientos según los cuales, por ejemplo, se *aconseja*, a veces, juntarse más entre vehículos y ante todo cubrirse solapada y simultáneamente en los desvíos, giros y cambios de dirección, de manera que las maniobras del convoy permitan al tirador de cada vehículo dar el alto el paso a los demás vehículos y una visión completa de la zona para contrarrestar el posible fuego hostil de arma bélica. Según las circunstancias⁶¹⁴ (paso estrecho, llanura,...) el convoy será como un gusano que se adapte a los accidentes topográficos del terreno: se alargará o contraerá según convenga y en función de los obstáculos y otras dificultades más o menos previsibles de antemano.

XVIII.II.4. Las actuaciones para caso de accidente con víctimas

A) Las preventivas: Sobre los problemas profesional-sanitarios posibles en ejercicios de tiro

Supuesto planteado: La previsión de emboscadas u otra clase de ataques, incluso cuando se están acometiendo labores de investigación criminalística para esclarecimiento de los hechos en tales contextos, requiere el manejo preparado⁶¹⁵ de uso de arma. Hoy por hoy la intervención sanitaria prevista⁶¹⁶ de los *soldados con curso de soporte vital básico* (en los ejercicios de tiro programados por el ejército), tal como están siendo concedidos, pudieran conllevar unas

⁶¹⁴ Por razones tipo CIMIC (Cooperación cívico-militar para la mejora de relaciones con la población local civil) a veces se aconsejan criterios de conducción no agresiva que eviten tener que apartar del paso a los vehículos locales para la buena marcha del convoy, o tener un poco de paciencia antes de adelantar. Dependerá de la situación o no de alarma y del lugar.

⁶¹⁵ La organización de los ejercicios de tiro en el Ejército de Tierra es una materia que suele estar regulada por el Estado Mayor del Ejército a través de la División de Logística. Concretamente nos referimos a la *norma general 1/07 sobre apoyo sanitario a ejercicios de instrucción y adiestramiento*, norma general que es un documento administrativo que desarrolla las *Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra*. Es decir, se trata de un *documento administrativo general* (1) que afecta al conjunto de la organización de Aquél, (2) regula aspectos generales de su funcionamiento, (3) junto con el cuerpo normativo superior constituye la base del ordenamiento jurídico del Ejército de Tierra y (4) en este caso tiene por fuente subjetiva competencialmente legítima al Jefe de Estado Mayor del Ejército.

⁶¹⁶ Se aclara de antemano que en el Ejército se suelen realizar dos tipos de cursos de índole sanitaria: los de **soporte vital avanzado** y los de **soporte vital básico**. Respecto a este último, tal como dice la norma, debe de entenderse como aquel que capacita para realizar “*una primera asistencia*” de urgencia. El mayor peligro vital con el que se puede enfrentar su titular es el caso de “*una herida con hemorragia intensa*”, riesgo que se estima (pericialmente) que puede ser controlado por el personal que haya aprobado ese curso.

repercusiones legales de todo tipo (penales, administrativas, civiles, estatutarias y deontológicas) de los posibles intrusismos laborales provocados por la falta de reconocimiento civil de los citados cursos otorgados (por la falta de homologación exigida por la *Ley de ordenación de profesiones sanitarias*). Coexiste en esta materia distinta clase de normativa⁶¹⁷: comunitaria y estatal sanitaria, también autonómica (de gestión administrativa en su competencia), la de régimen de personal militar profesional de las FAS, concretamente la de Tropa y marinería, y la propia operativa del Ejército de que se trate, en este caso de Tierra.

Soluciones existentes a las carencias de personal sanitario: Respecto de la problemática apuntada cabe decir que la propia norma general 01/2007 del Estado Mayor del Ejército, División de Logística (EME-DIVILOG) reconoce⁶¹⁸ las dificultades del sistema⁶¹⁹. Ahora bien, la norma aquí estudiada, la norma general 01/2007, está ya redactada bajo el contexto obligado de aplicación de la Ley de Tropa y Marinería 8/2006, de 24 de Abril, entre cuyos objetivos está el de “*hacer atractivo y útil el servicio, por tiempo limitado, en nuestros Ejércitos*” y en cuyo art.16.2 dispone expresamente que “*Se les facilitará de forma prioritaria la formación en áreas relativas a ..., así como cursos ... que se consideren de interés para su desarrollo profesional*”. En consecuencia, podemos afirmar que *sólo el personal militar de tropa al que se le deba de proporcionar la formación y*

⁶¹⁷ 1. Art.152 Tratado CE.2. Arts.43, 148.1.21º y 149.1.16º de la Constitución española.3. Ley Orgánica 3/1986, de 14 de Abril, de medidas especiales en materia de salud pública. 4. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud: así su Capítulo tercero, arts.35 y 42. 5. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de profesiones sanitarias. 6. Ley autonómica 8/1986, de 6 de mayo, del servicio andaluz de salud, modificada por leyes 1/1987, de 30 de enero, 2/1993, de 11 de mayo y 2/1998, de 15 de junio (de normas reguladoras de la salud, a su vez modificada por Ley 5/2003, de 9 de octubre).7. Ley 17/1999, de 18 de Mayo, del régimen de personal de las FAS. 8. Ley 8/2006, de 24 de Abril, de Tropa y Marinería.9.RD 619/1998, de 17 de abril. Así la Disposición Adicional 3ª del reglamento que aprueba y Disposición Adicional 5ª, por el que se excluye su aplicación para transportes oficiales de las FAS.

⁶¹⁸ En el quinto párrafo del apartado cuarto, sobre “generalidades”, reconoce que hay *dificultades plasmadas en las carencias de personal sanitario* y, por tanto, el órgano central del Ministerio de Defensa ya está tomando las medidas adecuadas para establecer un nuevo procedimiento de captación y formación del personal facultativo que resuelva las citadas carencias.

⁶¹⁹ A este respecto ya la Ley 39/07 del Régimen del militar profesional dispone en materia de cometidos profesionales del personal de Tropa que los “*desempeñarán... en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa y ejercerán, a su nivel, las funciones del militar que se relacionan en el art.10 de esta ley*”, es decir, las funciones de “...logísticas, de apoyo al mando, técnico-facultativas y docentes. Su cumplimiento se desarrollará en cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas, ajustándose a sus características de disciplina, jerarquía y acción conjunta, y de acuerdo con la Constitución, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y las de cada uno de los Ejércitos y el resto del ordenamiento jurídico”, permitiéndose en el art.85 que a los militares profesionales se les expida con carácter obligatorio (“les serán”) “*aquellos diplomas o certificados que acrediten los cursos superados y las actividades desarrolladas, las cualificaciones profesionales y las especialidades adquiridas*”.“La equivalencia –continúa diciendo el precepto- entre las titulaciones proporcionadas por el sistema de enseñanza militar y los títulos oficiales del sistema educativo general no determinada en la presente Ley, se establecerá mediante acuerdo entre los Ministerios de Defensa y de Educación y Cultura”.

*adiestramiento adecuados se integra en el servicio de Sanidad de las Bases*⁶²⁰. También se apunta que hay varias soluciones a la hora de afrontar las citadas carencias de personal sin perder de vista que *la evacuación sanitaria es una labor de equipo*. Es decir, cabe superar las dificultades de personal mediante la vía de la delegación, la de la homologación o la de la externalización. Sólo la segunda es la que plantea incógnitas en Derecho. La primera supone que las responsabilidades las asume el mandante, mientras que la externalización de empresas sólo tendría el inconveniente de su onerosidad. Nosotros, sin embargo, creemos que cabe añadir la vía del reservismo voluntario activado, sobre todo en este campo de las Ciencias de la Salud, por dos razones: salva inconvenientes de legalidad como los planteados y a un coste, además, posiblemente más barato.

La homologación de titulaciones: su proceso. En cuanto al proceso de homologación civil del curso militar de soporte vital básico habría que acudir al artículo 38 de la Ley 44/2003 de Ordenación de profesiones sanitarias, según el cual “(1) Las Administraciones sanitarias regularán, *para sus propios centros y establecimientos*, el reconocimiento del desarrollo profesional”, siendo uno de sus principios generales a los efectos que aquí interesan el que “(d) la evaluación se llevará a cabo *por un comité específico creado en cada centro o institución*. El comité estará integrado, en su mayoría, por (...) unidad de pertenencia del profesional evaluado, *así como de evaluadores externos designados por agencias de calidad o societarias científicas de su ámbito de competencia*”. Téngase en cuenta que un apoyo logístico de evacuación sanitaria en unos ejercicios puede tener muchas modalidades y factores a tener en cuenta: el tipo de ejercicio (nocturno, diurno, con sol, con lluvia, etc.), el ser realizado en paz o en caso de conflicto, la cercanía o lejanía del lugar con respecto a las infraestructuras sanitarias de sede, la entidad del mismo según la clase de armas empleadas, la antigüedad y experiencia del personal que lo realiza o, también, la influencia de los medios empleados.

⁶²⁰ Así ya lo contempla de hecho el apartado 4, “Generalidades”, de la Instrucción Técnica 06/03, sobre organización y funcionamiento del servicio de sanidad militar en las Bases, Acuartelamientos y Establecimientos, dictada por el mando de personal de la Dirección de la Sanidad Militar, cuyo servicio será el responsable de la selección de ese personal y de las actividades periciales del ámbito castrense, teniendo como una de sus funciones la evacuación sanitaria. También se apunta que hay varias soluciones a la hora de afrontar las citadas carencias de personal sin perder de vista que *la evacuación sanitaria es una labor de equipo*. Es decir, cabe superar las dificultades de personal mediante la vía de la delegación, la de la homologación o la de la externalización. Solo la segunda es la que plantea incógnitas en Derecho. La primera supone que las responsabilidades las asume el mandante, mientras que la externalización de empresas solo tendría el inconveniente de su onerosidad. Nosotros, sin embargo, creemos que cabe añadir la vía del reservismo voluntario activado, sobre todo en este campo de las Ciencias de la Salud, por dos razones: salva inconvenientes de legalidad como los planteados y a un coste, además, posiblemente más barato.

La presencia o no del médico o sanitario en ejercicios de tiro de instrucción: A este último respecto, si es por *normativa común* en materia de dotación de equipo de ambulancias, el personal interviniente será distinto según se trate de ambulancias medicalizadas o no⁶²¹.

La responsabilidad en la sanidad militar. En cuanto al *corpus doctrinal de la imprudencia médica y sanitaria*, recogido por autorizada doctrina⁶²², tiene como principios generales los siguientes: 1. Que no se incrimina el error científico (STS 10 de marzo de 1959 y 17 de julio de 1982); 2. Queda fuera del ámbito penal la falta extraordinaria de pericia o cualificada especialización (STS 18 de junio de 1981), pero sí cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional (STS 5 de julio de 1989); 3. La culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento causante del resultado lesivo (STS 8 de junio de 1981); 4. Que en esta materia no se pueden señalar principios inmutables (STS 8 de junio de 1981 y 5 de julio de 1989); 5. Que el deber de cuidado ha de establecerse primero y medido después en función de todas las circunstancias concurrentes, aunque (STS 4 de septiembre de 1991) en la génesis de la imprudencia influyen muy a menudo los aspectos humanos y sociales, más que los propiamente científicos o profesionales.

B) Las coetáneas: El esquema de actuaciones que pudiera valer para la Fuerza implicada en un caso de accidente de tráfico sería, a modo de ejemplo, el siguiente:

B.a. Actuaciones del Jefe del convoy al que pertenezca el vehículo siniestrado:

⁶²¹ Si es en ruta, que no ya en el Campo de tiro, es necesario que en la ambulancia medicalizada vaya un médico y un diplomado universitario en enfermería; solo si no es necesario que la ambulancia de apoyo sea medicalizada deberá en todo caso exigirse que el personal de equipo sanitario sí tenga el curso de soporte vital básico. *En todo caso, éste siempre deberá estar presente.*

Cabe decir a este respecto que, si bien se trata de una normativa común y no estrictamente castrense, por expresa exclusión prevista en la disposición adicional 5ª del R.D 619/1998, de 17 de Abril, al estar glosando el vacío de una normativa sectorial, sí puede servir no obstante de referencia para tenerla en cuenta por la Administración Militar como solución *de lege ferenda*. El hecho es que las Reales Ordenanzas permiten al personal médico y sanitario asesorar en esta materia al mando y hay que tener en cuenta que *la jurisprudencia* relativa a los delitos militares de los de contra la eficacia del servicio (art.155 y ss. del Código Penal Militar), así el *FJ 3º de la STS de la Sala V de lo Militar de fecha 3.10.2005, en recurso de casación donde fue Ponente D. Ángel Calderón Cerezo*, y aunque en este caso sobre la causación de un fuego mientras se estaba realizando un ejercicio de tiro, se tiene declarado en cualquier forma que “Es cierto que existen casos en que la creación del peligro está admitido, como sucede en el manejo y utilización de las armas en ejercicios de tiro de fuego real cuya realización forma parte del adiestramiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, *sin que ello autorice a rebajar el nivel de exigencia del deber de cuidado sino que, bien al contrario, éste ha de elevarse hasta quedar situado a la altura que demanda el riesgo extraordinario que se crea con objeto de evitar el resultado (...)*”.

⁶²² **SOTO NIETO. F** “Responsabilidad penal derivada de la actividad médica”, en **MARTÍNEZ CALCERRADA.L, RICARDO DE LORENZO.** (2001). Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario. Tomo.I.Ed. Cóllex. p.931.

1. Acordonar y precintar el emplazamiento con la seguridad⁶²³. Solicitar a través de Plana Mayor, vía radio “malla de Mando/Destacamento”, los medios de evacuación para el personal herido. Caso de muerte se mandará realizar las precauciones necesarias para que en el futuro inmediato se pueda practicar la correspondiente autopsia según Ley;
2. Comunicar las circunstancias del accidente, número de heridos, gravedad de los mismos, lugar, vehículos afectados y si estos pueden continuar su marcha;
3. Adoptar las medidas oportunas para que el personal y material (accidentado o no) del convoy no provoquen o sufran un nuevo accidente;
4. Disponer lo necesario para que la llegada del militar jurídico y la policía militar estén en la práctica de todas las pruebas, testigos e identificación de la parte contraria si la hubiera;
5. Complimentar el parte de accidente;
6. Caso de prestarse en el lugar de autos la policía local u otro Cuerpo de Seguridad local facilitarles su labor;
7. e recomienda hacer un inmediato informe fotográfico y acordonar con precinto el mismo si es posible;
8. Ya en el Destacamento redactar el parte de lo sucedido por curso oficial.

B.b. Actuaciones de la Plana:

9. La Plana Mayor comunicará la necesidad de evacuación a la Jefatura de Sanidad desplazada.
10. Ésta procederá a la evacuación sanitaria de acuerdo con su norma operativa;
11. La Sección de Logística del contingente, notificada por la Plana, preparará y procederá a la recuperación de los vehículos siniestrados si no pudieran continuar la marcha;
12. La Plana Mayor comunicará los datos a la Unidad o Unidades implicadas y a sus dependencias orgánicas de Zona;
13. El militar jurídico instructor, junto con un oficial de enlace de la Plana y un intérprete, así como la policía militar (PM) puesta a sus órdenes, se deberá de personar inmediata e independientemente en el lugar del accidente para realizar el atestado, de forma que el Jefe de convoy previamente ya habrá dispuesto lo necesario para que a su llegada estén disponibles todas las pruebas y testigos de lo sucedido, identificando, si la hubiese, a la parte contraria;

⁶²³ Caso de ataque aéreo, aunque es muy difícil, los instructores bélicos aconsejan correr hacia un proyectil cayendo, no alejarse de él. Una bomba siempre cae en ángulo. Solo corriendo hacia su origen es posible salir ileso. Por otro lado, el sitio donde ya haya caído es probabilísticamente uno de los lugares desde entonces más seguros para resguardarse puesto que es muy difícil que cualquier otro proyectil aéreo caiga exactamente en el mismo lugar.

14. Sólo una vez acabado el atestado por el instructor y la policía militar se podrá retirar todo el personal, material y vehículos;
15. Se comunicará el hecho al Cuartel General en España;
16. La sección de personal de Plana Mayor elaborará en seis horas máximo el “*parte estadístico de accidentes de carácter militar*”⁶²⁴.

B.c. Competencia judicial. A nivel ya judicial del conocimiento competencial de los hechos por causa de accidente automovilístico en Zona la Sala especial de conflictos del Tribunal Supremo tiene sentados sus criterios de atribución en Sentencia de 9 de abril de 2003, doctrina que no se aparta de la contenida por la misma Sala en Sentencia de 5 de marzo de 1997. Según dicha doctrina, en aplicación del art.12.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCO) la inmunidad de delitos a que se hace alusión se refiere a todos los delitos, sean comunes o militares.

XVII.II.5. El problema de la falta de matriculación de los vehículos

Una preocupación general de los diferentes instructores de las diversas Naciones que suelen encontrarse en las Misiones es la usual falta de matriculación de los vehículos ante los posibles controles de exceso velocidad, precautorios de accidentes y de actuaciones como las descritas⁶²⁵.

XVIII.III. La perspectiva instrumental: la experiencia. Los ponderables fácticos de un posible camuflaje de transporte: análisis práctico a la luz de las “compras” realizadas en “Kabul”

El siete de marzo del año dos mil cuatro⁶²⁶ se participó, en calidad de observador, de un equipo de compras. Misión: ir con un *Nissan Patrol* del Ejército de Tierra (en adelante, E.T) para dicho fin al centro de *Kabul*. El citado equipo lo conformaba un Sargento, dos cabos, un soldado, un intérprete y un servidor. El vehículo era uno mimetizado en verde caqui, blindado, con antena, y sin distintivo.

⁶²⁴ Vid. de nuevo Resolución nº 64/2004, de 31 de marzo, del Subsecretario de Defensa, por la que a efectos estadísticos se implanta un programa de recogida de información sobre la siniestralidad del personal de las FAS. Se encuentra publicada en BOD nº 68 de 7 de Abril del 2004.

⁶²⁵ Hay problemas para lograr su correcta identificación y esclarecimiento de responsabilidades en su caso. Aunque la estadística es pobre quizá la solución venga por la coordinación de esfuerzos en la identificabilidad, si bien hay que tener en cuenta que, a veces, es muy difícil porque pueden ser un obstáculo de su logro las razones de seguridad debidamente valoradas en territorio nacional por ser competencia de cada Jefe de contingente seguir en tal sentido consignas de seguridad propias en todos los aspectos, no solo los del tráfico rodado. He ahí, por ejemplo, la problemática del camuflaje de vehículos y de sus tripulantes que a continuación se aborda.

⁶²⁶ Se acababa de conmemorar “*El ashura*”, una fiesta *chiíta* musulmana muy vistosa que significa “diez”; es tiempo de ayuno y reflexión. Esta fiesta conmemora el asesinato del profeta *Hussein* en la batalla de *Kerbala* tras un siglo de vigencia del Islam. Según la costumbre *creen que en año nuevo –para ellos el nueve de marzo- cada hoja de un árbol tiene un nombre nuevo, de forma que al pasar un ángel y sacudirlas, las que caen se refieren a los que van a morir ese año.*

El objeto de nuestra participación como copiloto era comprobar *desde el punto de vista casuístico del Derecho* si a tenor de los datos facilitados era o no conveniente por razones de seguridad camuflar o no el vehículo con color blanco. Nada más salir de *Campwarehouse* por la *ruta violett* hacia la ciudad se apreció la relativa fluidez del tráfico y que la circulación era difícil. Cada vez que se avanzaba en el asfalto⁶²⁷ hacia la meta aquél era más apelotonado y había problemas de atascos, muchos baches, traqueteos, la aparición de vehículos de contrabando⁶²⁸ (así sabido por tener su volante a la derecha) y sin matrícula (excepto los taxis, amarillos y blancos); la curiosidad de los nativos era muy alta, querían ver a toda costa quién se encontraba en el interior de los vehículos para pedirles dinero, agua (“*watter, please!*”), etc. Se tropezaban bicicletas, pasaban niños, mendigos, mutilados⁶²⁹ de guerra, y aunque la gente solía ir con prisa se entretenía entre tienda y tienda, entre zoco y zoco. *El problema de estar allí era que todos podían ser sospechosos de algo y, a la vez, también de nada... ¿quién nos arrebataría la sospecha de que Ben Laden⁶³⁰ podía estar oculto bajo un burka?*

En *opinión* del Sargento y de un Cabo el método que se señaló para prever fáciles escapadas en situaciones de peligro era circular no en plan convoy, sino de uno en uno y separados, con un conductor permanentemente asignado por estar avezado en el callejero, y que no estuviera pendiente de ningún otro vehículo; mientras que respecto al posible camuflaje del vehículo era mejor pintarlo en blanco porque en la ciudad el vehículo militar llamaba más la atención de verde caqui, si bien existía el inconveniente de que esto no era así en el trayecto hasta llegar a la ciudad. Como tripulantes preferían ir con vestimenta militar y debidamente protegidos con chaleco antibalas, toda vez que así se creía imponer más respeto, se podían identificar sin problemas, evitar retrasos en el paso de *check points* y, en caso de emergencia, se podía recibir ayuda de otros compañeros militares extranjeros. Por el contrario, el otro cabo y el soldado *creían*

⁶²⁷ Téngase presente que en asfalto es más difícil instalar minas y detectarlas.

⁶²⁸ Se cuenta, por ejemplo, que para los pasthunes de *Darra* la fabricación de armas es su única industria. Dicen que los comercios pintados con colores llamativos que se alinean a lo largo de la calle principal venden versiones de fabricación local de rifles de asalto K-47, así como M-16, Stens, ametralladoras Uzi, pistolas Makarov, Lee-Enfields, lanzagranadas, rifles sin retroceso, armas y proyectiles antiaéreos. Incluso se podía adquirir un bolígrafo-pistola que dispara una bala de calibre 22 y costaba menos de seis dólares. Se decía que los posibles clientes podían disparar tantos tiros como deseasen en las calles, siempre y cuando pagasen las “balas”. Al parecer, también se afirmaba que el indicativo allí de venta de droga era el del establecimiento que tuviera una piel de oveja o una cola de cabra colgada en el exterior. Al anochecer dicen que sus tiendas se cerraban con cerrojo por el miedo a los alí babas o bandoleros.

⁶²⁹ El reportero de guerra **KAPLAN, Robert. D.** (2002). “*Soldados de Dios*”, Un viaje a *Afganistán* con los guerrilleros islámicos, de Biblioteca Grandes viajeros, 1ª Ed., traducida por *Jordi Vidal*, cuenta en el prólogo que “*las amputaciones eran las intervenciones quirúrgicas más comunes en Afganistán en la década de 1980*”. Vid Anexo I.

⁶³⁰ Aunque pudiera ser un método péfido estamos hablando de un terrorista. De hecho, según cuenta *Robert D.Kaplan* el propio *Osama Ben Laden*, incapaz de rivalizar con *Ahmad Sha Mamud*, acabó con él por medio de un terrorista suicida disfrazado de periodista, en septiembre de 2001, el mismo mes del ataque terrorista contra el *World Trade Center* y el *Pentágono*.

más conveniente camuflarse totalmente, vehículo y tripulantes, como si fueran componentes de la contrainteligencia. Sin embargo, no veían ninguna contradicción en su apreciación al decir que asimismo también era conveniente llevar la bandera española “visible abiertamente” porque, según ellos, el buen trabajo de los compañeros anteriores avalaba la simpatía de la población para con ellos. De hecho, incluso en alguna tienda local se encontraba señalizada junto con al rótulo como prueba de ese trabajo, extremo que -según el nivel de alarma de atentados- podía ser a nuestro juicio paradójicamente contraproducente. Ante la diversidad de opiniones nuestra conclusión -en la práctica inmediata- fue que, adoptase la que se adoptase, en cualquier caso todos los tripulantes dentro del vehículo debían ir uniformemente vestidos de militar o de paisano sin excepción. ¿Por qué? Porque el problema viene cuando no hay sintonía en la comunidad de la apariencia, lo que genera dudas, inseguridad y mayores sospechas (comúnmente espúreas). En caso de atentado indiscriminado nuestras subjetivas sensaciones fueron que la peligrosidad era mayor en la ruta de desplazamiento a la ciudad que en la propia *polis*, significándose como comentario adicional que la densidad del tráfico en el centro de la ciudad no era vista como una circunstancia de vulnerabilidad en un posible ataque porque al mismo tiempo impedía una fácil escapada del agresor. Por otro lado, a juicio del citado Sargento, y que nosotros aquí apostillamos, consideramos sin embargo que la vestimenta militar⁶³¹ conllevaba una ventaja: pensamos que para un terrorista sería más rentable el ataque a un objetivo compuesto de espías que no un pelotón militar del que pudiera saberse que sólo fueran a comprar. Su publicidad sería más espectacular. Por su parte, *ir de “paisano” suponía una desventaja*: la “pinta” occidental de los tripulantes delataba su extranjería y, por tanto, la sospecha fácil de espionaje a ojos de cualquier lugareño.

XVIII.IV. La perspectiva formal: soluciones jurídicas al problema del camuflaje en misiones

XVIII.IV.1. Las características legales de un objetivo militar

El “Nissan” al que nos incorporamos como tripulante se trataba de un vehículo de transporte que en Zona suele estar blindado, pero no dotado de armamento porque su misión es logística: facilitar las compras. ¿Se trata, pues de un objetivo militar? A tenor, por ejemplo, de cierta normativa bélica histórica, como el art.24.1

⁶³¹ La casuística puede ser variopinta, sobre todo en *Kabul*, donde suele haber contrabando de ropa militar y su abundante y natural porte mezclada con la civil. Por ejemplo, el propio *Robert D.Kaplan* reconoce que él llevaba chaqueta militar (vid.pág.314 de su libro) en un momento de su relato donde cuenta cómo le salpicó el fango; y al hablar de uno de sus personajes, *John Wellesley Gunston*, periodista, afirma que poseía una gran confianza en sí mismo producto de haber nacido en el seno de una rica familia colonial británica y haber servido en las mejores unidades del ejército de *la Commonwealth*. A diferencia de otros occidentales en *Peshawar*, que preferían llevar botas de montañismo, pantalón caqui y chaquetas militares sin mangas, *Gunston* era un soldado de verdad y, por tanto, estaba contento de vestir “como un civil” no estafalarario.

de las Reglas de la Guerra aérea de 1922-1923, cualquier elemento que se utilice para el esfuerzo bélico será visto como blanco de un posible ataque. Luego da igual el ornamento, la pintura o el coloreado del chasis, sobre todo si se sabe que –no ya por la ocultación de su matrícula- su misión y tripulantes son militares o civiles⁶³² que siguen a éstos. Sin embargo, creemos que de la lectura del art.48⁶³³ del protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de *Ginebra*, se extraen dos consecuencias: 1. Que la naturaleza civil o militar de la matrícula del vehículo poco importa en Zona para extraer de ello la naturaleza civil o militar del *Nissan*. Su matrícula suele estar oculta, pero en todo caso el dato de la matriculación es una cuestión sólo administrativa. A la vista de la idiosincrasia del personal nativo éste poco entiende de matriculaciones o de trámites burocráticos occidentales; 2. Que la función logística ínsita a la misión no desmerece el carácter castrense de ésta. A veces, incluso en guerra la logística o la intendencia es además tan o más importante que la acción del combate. Se trata de otro tipo de fricción.

Prueba de ello es que el daño provocado a la Fuerza atacándolo se corresponde con lo previsto en el segundo párrafo del art.52.2 del Protocolo I Adicional de 1977, al afirmar que: “*en lo que respecta a los bienes los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida*”.

El criterio anterior se rubrica con lo que el mismo precepto prevé en sus puntos 2 y 3 cuando disponen respectivamente que, como regla general, “*Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios,... con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito*”, y como excepción de esa prohibición, que una Parte adversa “(a) *utilice tales bienes exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas; o (b) los utilice en apoyo directo de una acción militar, a condición, no obstante, de que no se*

⁶³² Piénsese, por ejemplo, que *Robert D. Kaplan* cuenta de dos de sus personajes lo siguiente para el caso de las consecuencias que hubieran tenido en la guerra afgana si se hubiera sabido que fuesen espías: “*Schuster corría riesgos en Afganistán que ni siquiera Gunston asumía. De haber capturado a Gunston, el gobierno afgano lo habría enviado a la infame prisión de Pul i Charki, donde habría experimentado varios meses de terror hasta que el gobierno británico hubiera negociado su liberación entre bastidores. A Schuster... le habrían fusilado sin más*”.

⁶³³ “*A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares*”.

tomen contra tales bienes medidas cuyo resultado previsible sea dejar tan desprovista de víveres o de agua a la población civil que esta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse”.

En suma, a sabiendas ya de que el vehículo de que estamos hablando se trata de un objetivo militar susceptible teóricamente de un ataque bélico calificado de legítimo, a la vez que lícito tanto por su matriculación de origen (en el caso de que ello se supiera por no ocultarse) como por su misión asignada, nos podemos preguntar: *¿es legalmente posible su enmascaramiento para conseguir mayor seguridad?*

XVIII.IV.2. Las condiciones de licitud de enmascaramiento de un objetivo militar

Con arreglo a su misión (logística) y naturaleza de objetivo militar el vehículo goza de la única protección general prevista en el art.57.2.letras a, párrafos ii) y iii), y d del Protocolo I, relativo a los siguientes deberes por parte de su teórico atacante: 1.De “*tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil*”. 2.De “*abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causara incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños o bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista*”. 3.Y finalmente, de dar aviso “*...con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan*”.

Según la conciencia y conocimiento de la existencia de tales deberes, a sus tripulantes les será más fácil decidir que -siempre que puedan- por su seguridad deban aparcarlo en el centro de la ciudad, es decir, que tal maniobra de estacionamiento se haga en zonas de acceso de entrada y salidas (mercados, zonas comerciales, plazas o calles céntricas, etc.) y, si es posible, en lugares de tan difícil salida “a escape” por un posible atacante como de su fácil captura inmediata posterior, lo que no excluirá su debida protección (de escolta simulada y convoyada de fuerza armada) en las afueras y en carretera, extremo este último que exigirá una gran coordinación para la rápida fuga ante el peligro entre los efectivos. Esta medida de referencia teórica se propone aun a sabiendas de que, por aplicación del art.58 del protocolo I (posterior a los arts.19 y 28 del I y IV Convenios de Ginebra), en sus letras a y b, el sospechoso de sufrir un ataque también tiene que esforzarse “*...por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil*” que se encuentren bajo su control y de evitar “*situar objetivos militares en el interior o en*

las proximidades de las zonas densamente pobladas”, puesto que lo cierto es que el encabezamiento del precepto condiciona el cumplimiento de tales prescripciones, literalmente, “hasta donde sea factible”, cosa que en el caso de que tratamos no lo es: a) por ser el objeto de visita a la ciudad unas compras necesarias a realizar; b) y porque esa población civil a la que se refieren los preceptos no está bajo su protección ni control estricto, como lo demuestra el hecho, por ejemplo, de que el Acuerdo Técnico-Militar de ISAF (en desarrollo de los Acuerdos de *Bonn*) para el caso de *Kabul*, en traducción propia del art. 3.1, diga que “*La Administración interina de Afganistán reconoce que el propósito de seguridad, ley y orden es de su entera responsabilidad...*”, y según el art. 4.3 del mismo Texto, que “*La Administración interina comprende y acuerda que ISAF tendrá la absoluta y completa libertad de movimientos en todo el territorio...o llevarla a cabo con facilidad su responsabilidad tanto como su apoyo así lo requiera, llevando y operando, tan pronto como el avance de noticias lo puedan permitir*”.

Sin embargo, si el temor es sufrir cualquier tipo de atentado terrorista, hasta el punto de no importar el alcance de su daño de tal modo que tal suceso pudiera calificarse como un *crimen de lesa humanidad* y no de guerra, cabría en principio considerar que, junto con las medidas que sobre el terreno pueda proponer la contrainteligencia, complementariamente se camuflase el chasis del vehículo haciéndolo pasar por otro cualquiera que no sea militar. Para la eficacia de tal añagaza se omitirá todo dibujo, aparato, instrumento y signo que delate su verdadera naturaleza castrense. Su licitud está amparada por el art.37.2 del Protocolo I Adicional a los Convenios de *Ginebra*, donde se entiende por estratagemas “*...los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, ni pérfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas los siguientes: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas*”. De ello se colige que, en el caso comentado, si bien cabe que un militar vaya vestido de uniforme militar en un coche aparentemente civil, no podrá con motivo de esta circunstancia llegar a simular –ya en parada- que por ello tenga un estatuto de personal civil, siendo además preferible -en evitación de cualquier problema posterior- el hecho de que sus tripulantes militares lleven armamento y uniforme, lo que en principio agradecerán por su propia seguridad en el caso de que puedan verse obligados a esgrimir o utilizar su arma.

Así, y por el contrario, un caso claro de perfidia –bélicamente prohibida-, por ejemplo, es la utilización de unidades sanitarias para cubrir objetivos militares⁶³⁴.

XVIII.V. Análisis de la heterogeneidad estatutaria: el problema de la legítima defensa respecto al personal civil que sigue a la fuerza

XVIII.V.1. El caso de los intérpretes

En Zona de Operaciones, el escenario de un teatro eventualmente hostil, interviene personal también no combatiente y que le acompaña⁶³⁵ al que sí lo es. Es el caso, por ejemplo, de la intervención pericial de los intérpretes laborales no reservistas. Su problema estriba en conseguir su máxima protección y seguridad con arreglo a Derecho⁶³⁶.

XVIII.V.2. El sujeto activo: análisis de la figura de los intérpretes y las debidas precauciones

La especialidad de su regulación jurídico-laboral en estos casos viene acentuada por los riesgos de su trabajo por conflicto armado, lo que en cierta forma conlleva -desde el punto de vista de la ajeneidad y de su voluntariedad personal- una aceptación tácita, si no expresa, de los mismos: es decir, siempre que por parte del garante de su seguridad, esto es, las Fuerzas Armadas a las que siguen, se adopten unas mínimas medidas de seguridad que, dada la especialidad del

⁶³⁴ Pensemos a modo de anécdota que con mejor o peor suerte algunos engaños semejantes son famosos en ciertas batallas de algunas guerras de la Historia: desde las púnicas de *Aníbal*, con el uso multiplicado de hogueras en las Playas de la costa para aparentar un mayor número de efectivos al real, los ecos de los continuos redobles de guerra del “tamborilero” del Bruch en las montañas de *Montserrat* para disuadir a los franceses invasores (mamelucos) en la guerra de la Independencia, o los más recientes de la guerra afgana cuando, por ejemplo, en la radio falsamente *los muyaidin* decían que tenían *stingers* (misiles antiaéreos) para disuadir la llegada de helicópteros soviéticos a baja altura, a sabiendas de que interceptaban sus comunicaciones, o, por último, el ejemplo de la primera guerra del Golfo cuando las fuerzas de *Sadam Hussein* maquetaron ficticios carros de combate expuestos en grandes formaciones.

⁶³⁵ Era común que las compras de material fungible y perecedero se llevaran a cabo en Centro de *Kabul*. Por necesidades de la Fuerza era habitual que los intérpretes contratados acompañaran a los soldados habilitados.

⁶³⁶ Dicho de otra forma, el mando se cuestiona desde el punto de vista exclusivo de Aquél si: *¿Tiene legalmente un intérprete laboralmente contratado - para seguir a los Ejércitos hasta un territorio extranjero con conflicto hostil- la posibilidad de llevar un arma?, ¿Cuándo es esa posibilidad “derecho” en su caso?, ¿De qué tipo de arma se habla: una propia o de dotación?, ¿Cuál es el alcance legítimo de su posible derecho de tenencia y hasta, en su caso, de uso (tanto en el ejercicio de tiro y adiestramiento como en los supuestos de agresión real de la patrulla armada a la que acompaña)?, ¿De qué manera compromete penalmente a los mandos de la Fuerza desplazada si ese derecho le es atribuido?*. Por sus incidencias, es fácil comprobar, en primer lugar, que el supuesto preguntado afecta al ámbito del Derecho Internacional, al Penal, y, en menor medida, al Laboral y disciplinario; en segundo lugar, que se centra en el sujeto activo de un delito posible de tenencia ilícita de armas, contra la eficacia en el servicio, o de contrabando de armas que se pudieran cometer, y en tercer lugar, que el carácter con el que se aborda el presente comentario lo es desde el *punto de vista punitivo-preventivo*; en definitiva, no porque conste el precedente judicial de que como posible delito se haya cometido.

contexto, en España tampoco se encuentran concretadas, por ejemplo, ni en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, ni en su normativa de desarrollo aprobada por R.D 1932/1998, de 11 de septiembre, de adaptación de los Capítulos III y V, para el ámbito de Centros y Establecimientos militares. Partiendo de esos presupuestos jurídicos, y conforme a la competencia que se le otorga por la normativa operativa⁶³⁷ al Jefe de Contingente o Unidad constituida para una Misión, como primera medida lógica preventiva se estipula que, antes de ser contratados dichos trabajadores, suelen ser sometidos en territorio nacional a exámenes de reconocimiento sobre su aptitud psicofísica y de lealtad o de confianza por personal del Centro Nacional de Inteligencia, a modo de *la Berusfervot* alemana para funcionarios. Pero quizá haría falta también otro tipo de exámenes... como después veremos. Además, y esto es ya *opinión* de quien suscribe, debe tenerse en cuenta un matiz: en *la buena fe* de interpretación de las normas, no sólo por previsión expresa del art. 3.1 del C.C español, sino también en las de los Tratados por mor de lo dispuesto en el art. 31 de la Convención⁶³⁸ de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, hay un nexo hermenéutico común apreciado en esta materia y que, por fuerza apreciada de la costumbre, es (por su lógica) de cierta obligatoriedad para el intérprete, toda vez que, por ejemplo, así consta también deducido de su simple lectura en la Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana. Nos referimos al *criterio restrictivo* unánimemente practicado en la concesión de una licencia de armas. Su carácter costumbrista⁶³⁹, obtenido objetivamente de los precedentes fácticos de la práctica administrativa, proviene subjetivamente de la *opinio iure sive necessitatis* manifestada, por ejemplo, con el dicho propiamente castrense de que “*no hay que jugar con las armas porque las carga el diablo y las disparan los simples*”.

XVIII.V.3. Su categorización teórica en el ámbito Internacional

Es también manifestación de ellas saber antes de nada de quién estamos aquí hablando. Un intérprete laboral no reservista se trata de un civil. Y además, un perito. Ahora bien, dentro del contexto de los conflictos armados, a nivel Internacional, tiene una condición beligerante peculiar: sigue a las Fuerzas Armadas de un país con el permiso contractual de Aquéllas. Pero no por ello forma

⁶³⁷ Vid Anexo I.

⁶³⁸ “Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (...) teniendo también en cuenta toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del Tratado”, así como que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

⁶³⁹ Forma parte del acervo ritual (costumbre interpretativa) de toda maniobra de seguridad castrense, entre la cual también podemos citar, por poner otro ejemplo, el dicho no menos racional de determinación que, para evitar el contrasentido de lo imprevisto, afirma que “*orden más contraorden es igual a desorden*”: (A+ (-A) = ¿ ? !).

jurídicamente parte integrante de Ellas. La única obligación dimanante de la normativa internacional que respecto de esa persona tienen las Fuerzas Armadas es la prevista, por tanto, en el art. 4.A.4) del III Convenio de *Ginebra*⁶⁴⁰. Consiste en entregarle a tal efecto *una tarjeta identificativa*⁶⁴¹ en virtud de cuya acreditación puede apelar -para el caso de captura por un beligerante contrario a las Fuerzas Armadas a las que sigue-, y pese a tratarse de un civil, a que se le respete el derecho a ser considerado como un prisionero de guerra. Esta apreciación se puede confirmar a la vista de lo dispuesto en el art.50.1 del I Protocolo⁶⁴² de 1977 Adicional al III Convenio de *Ginebra*. Pero no hay duda.

XVIII.V.4. Las deducciones prácticas de la anterior categorización teórica

Visto que su estatuto es el de prisionero de guerra y que, por consiguiente, no le es aplicable para ese supuesto el IV Convenio de *Ginebra* para la protección de personas civiles en tiempo de guerra, sí le es de aplicación lo dispuesto en el art.18 de la III Convención de *Ginebra*⁶⁴³. Este precepto, quizás por la pura lógica de la cuenta que le va en ello al aprehensor, prevé expresamente y sin ninguna excepción que lo primero que hay que hacer en caso de captura es proceder al desarme del aprehendido, toda vez que al estipular la expresión en su redacción “*salvo las armas*”, se sigue *a sensu contrario* que sólo van a quedar en posesión del prisionero de guerra capturado aquello que en teoría no es peligroso. ¿Se sigue de esto que los intérpretes tengan un derecho a llevar armamento cuando sigan a las Fuerzas Armadas? La respuesta es no. Y dicho sea en forma categórica, sin relativismo, por los graves problemas de todo orden, sobre todo el operativo, que pudiera conllevar una respuesta distinta⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ “Son prisioneros de guerra, por lo que se refiere al presente Convenio, las personas que, perteneciendo a alguna de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: (4) *personas que sigan a las Fuerzas Armadas sin formar parte de ellas*, tales como miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, individuos de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de las fuerzas armadas, a condición de que para ello hayan recibido permiso de las fuerzas armadas que acompañan, teniendo éstas la obligación de entregarles a tal efecto una tarjeta identificativa semejante al modelo adjunto”.

⁶⁴¹ Un ejemplar de ella la puede encontrar el estudioso en “Orientaciones del Estado Mayor del Ejército”, Manual ORT-004. Edición de 1996, p. 4-94 del Tomo III sobre “El Derecho de los conflictos armados”.

⁶⁴² Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas que se refieren al artículo 4, A. 1), 2), 3) y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.

⁶⁴³ “Todos los efectos y objetos de uso personal - *salvo las armas*, los caballos, el equipo militar y los documentos militares- quedarán en poder de los prisioneros de guerra, así como los cascos metálicos, las caretas contra el gas y cuantos artículos se les hayan entregado para su protección personal. (...)”

⁶⁴⁴ *Pensamos que lo único que ese intérprete le podría exigir en ese contexto a las Fuerzas Armadas, y por el orden así relacionado, serían las siguientes facultades de su derecho laboral a la seguridad:* 1.La de que se le instruyera en qué consiste el estatuto de prisionero de guerra en el que ha quedado englobado por consideración *ope legis*. Aquí juega gran papel el militar jurídico.2.Exigir ser protegido por la Fuerza que acompaña cuando realice su trabajo, puesto que aquélla adopta la “*posición de garante*”.3.A permitírsele llevar de forma regularizada, esto es, según el Reglamento de armas, una privada propia (que no de dotación de armero estatal), para hacer

Los razonamientos a partir de los cuales llegamos a los anteriores axiomas se basan en los inconvenientes prácticos y de su maduración en las siguientes soluciones que aportamos:

- A. Si al intérprete se le deja llevar un arma particular yendo vestido de militar sin más, tal como (por lo que a esto último se refiere) sí suele ocurrir en la práctica cotidiana, esa apariencia así manifestada conlleva el riesgo de que el enemigo pueda pensar que forme parte integrante de la Fuerza que es su contraria, es decir, que se trate de un combatiente más. *En caso no cotidiano de ataque su vida correría peligro por una posible confusión*: la vida y la integridad física del intérprete no reservista estaría al albur de la propia inducción (en su creación por imprudencia) de un error al enemigo. Para evitar ese riesgo quizá procedería su registro contractualmente asumido para cada salida del campamento, y nunca mejor dicho, es “vital” que en el ya prudente caso previsto de su captura y no ataque, al menos, tenga en su posesión la tarjeta identificativa antes mencionada, con la consiguiente apreciación de sus circunstancias, sobre todo la de la clase y los motivos de la tenencia del arma si fuera el caso, *y que el hecho de ir cotidianamente vestido de militar, pese a ser un civil, sea debido a garantizar su protección*, es decir, a que no sea confundido como espía⁶⁴⁵.
- B. También puede ocurrir que pueda ser confundido en calidad de mercenario. Pues bien, también el registro previo a una salida puede evitarlo. La tarjeta identificativa, en cualquier caso, debe de disuadir con arreglo a Derecho de tal pensamiento al enemigo. Con ella y su actitud enseñada de uso responsable de arma *privada* para legítima defensa, según se dijo, el intérprete dejará claro cuáles son sus circunstancias personales de amparo y de la intención, por parte de las Fuerzas Armadas a las que sigue (no debe relajarse la importancia de su porte), de no contravenir con ello lo previsto por la Convención relativa a los mercenarios, en cuyo art.2⁶⁴⁶ se

posible su autodefensa en el caso preciso. Aun así, solo para el caso extremo (no errático) de agresión y siempre que el Jefe de contingente entienda que, por ello, no se ponga en un mínimo peligro a ningún componente de su Fuerza o la de otro cualquier inocente. Peligro que de por sí cabe: así, por ejemplo, la posible creación de una contraproducente confusión de estatutos bélicos al adversario (La problemática del error vencible en Derecho Penal nos lleva a la del delito imprudente). Es decir, aplicamos en la imputación de resultados la moderna teoría jurisprudencial de la autorresponsabilidad.

⁶⁴⁵ Dicho de otra forma, ese relativo “camuflaje” de vestimenta impropia por el intérprete no obedece a que haya una intención de perfidia (propia o de las Fuerzas Armadas a las que sigue), toda vez que su actitud previamente instruida como prisionero de guerra le otorga derecho al porte, *y según se ajuste a ella* (sobre todo con el arma), *así también en la vida real lo delatará*. De hecho, el intérprete hará ver que por tratarse de un intérprete tiene a su favor el estatuto internacional del prisionero de guerra, el cual conlleva la prebenda de por sí protectora de portar arma propia y un uniforme, ese sí: el del guerrero.

⁶⁴⁶ “A los efectos de la presente Convención, cometerá un delito *toda persona que reclute, utilice, financie o entrene mercenarios*, según la definición del **artículo 1** de la Convención”.

dice que cometerá un delito “...toda persona que *reclute, utilice, financie o entrene* mercenarios”⁶⁴⁷.

- C. Llevar a un intérprete al Campo de Tiro de la Zona de Operaciones (Z.O) para instruirlo en el manejo de un arma sólo puede hacerse por las Fuerzas Armadas cuando la idea provenga de la iniciativa propia del intérprete laboral no reservista (no cabe aquí ninguna obediencia debida), siempre que se trate de su propia arma (privada), bajo su propia cuenta y riesgo (se aconseja fehacientemente acreditados, por ejemplo, aprovechando psicológicamente la confección de testamentos especiales en campaña, lo que pueda disuadirles... evitando así ese compromiso al mando), y para el caso hipotético alegado de su propia legítima defensa (lo cual además tiene el “contra” añadido de que es muy difícil de demostrar *a posteriori*. La reacción a una legítima defensa, por muy previsible que lo sea, no se puede nunca premeditar, ni dejando un arma estatal en la guantera del vehículo... por si hace falta echar mano de ella. En materia de reprochabilidad penal existe como barrera de su futuro encuentro la teoría penal de la *actio liberatio in causa*).

Como vemos, son muchos los requisitos y casi insalvables en la práctica. Piénsese que si se le reconociera al intérprete -con un arma no personal- la titularidad de un derecho laboral de tal clase, en cuya virtud pudiera exigir su instrucción y adiestramiento a la Fuerza que va a seguir, comprometería a su mando de tal modo *que en el mejor de los casos, a los ojos de un enemigo, le podría dar razones como para procesarlo en un futuro, también quizás bajo la inducción de la creación de un error, como autor de un posible delito de reclutamiento, utilización o entrenamiento de un mercenario, o incluso en su caso hasta de contrabandear con armas privadas*. Sería una pretensión que invertiría la carga del “dominio del hecho”: trasladaría su propia responsabilidad al mando. Negársele dicha titularidad, por tanto, no vulnera ninguna medida de seguridad en su persona. Antes bien, al menos desde el punto de vista exclusivo del Derecho, todo lo contrario pues, valga como *imagen*, opinamos que aquí existe como límite de ese traslado de responsabilidades *la famosa teoría física de los vasos comunicantes*. Téngase presente que el único derecho personal del que ese intérprete es titular es el de la legítima defensa. Y ésta puede ser propia o ajena. Pues bien, la propia del intérprete queda garantizada con la permisión a su propia

⁶⁴⁷ Aunque esta Convención no estaba en el año 2004 ratificada por el Reino de España, y aun el caso de que no lo estuviera en la actualidad, por conveniencia práctica sí se aconseja su aplicación al menos en este punto, toda vez que al sí ser aplicable por otros países (en un conflicto de variopintas nacionalidades) ello demuestra que *operativamente la protección de los componentes de las Fuerzas Armadas propias y de quienes las siguen a veces no depende tanto de la vigencia de las normas internacionales propias, es decir, las que lo son para su país, sino de la vigencia de la norma del país en el que están o la de las Fuerzas Armadas de otros terceros países que concurren en ese mismo territorio*.

costa de la tenencia y “dominio del hecho” de un arma privada regularizada, mientras que la legítima defensa prestada a favor de otro, en este caso a favor del intérprete, viene garantizada por la “posición de garante” que asume la Fuerza Armada a la que sigue y, por tanto, la protección que al respecto le dispensa al intérprete con los medios personales y materiales oficiales o estatales: desde un guardaespaldas hasta, pongamos por caso, la información previa de la Inteligencia oficial del contingente en el que se encuadra.

En suma: Que el mando militar autorice a un intérprete no reservista a ir a tiro en los ejercicios programados puede suponer indirectamente la creación de una situación generadora de un riesgo autorizado⁶⁴⁸. Si el intérprete, sin embargo, fuera vestido de “paisano”, a ojos del enemigo podría ser considerado como espía y con la consiguiente pérdida de protección bélico-estatutaria, toda vez que el art.46.2 del I Protocolo Adicional a los de *Ginebra* dispone que “no se considera que realiza actividades de espionaje el miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto que, a favor de esta Parte, recoja o intente recoger información dentro de un territorio controlado por una Parte adversa siempre que, al hacerlo, vista el uniforme de las fuerzas armadas a que pertenezca”.

XVIII.VI. Enseñanzas obtenidas

Las exponemos en el Anexo I⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Si ese riesgo (que en Zona de Operaciones es mayor) se convierte en daño no procederá imputar objetivamente el mismo al intérprete. Para que el mando, por tanto, tuviera la seguridad jurídica de que no va a traer problemas la posesión del arma regularizada por el intérprete, *tendrá al menos que demostrarle que antes de ir a Zona de Operaciones ha seguido unos entrenamientos y adiestramientos propios a las situaciones en que por sí mismo pueda hacer uso de la citada arma*. Esos son los exámenes cuya necesidad antes aludida (por falta de ellos en la práctica), si fuera el caso, ya antes dejamos caer.... Debe tenerse en cuenta que es muy difícil encontrar un mando que acepte en Zona asumir su “posición de garante” respecto de las futuras acciones de los intérpretes laborales no reservistas, *mientras que en el caso de que se tratase de reservistas la problemática cobraría un giro de ciento ochenta grados*: en este caso, tal como por ejemplo tiene así declarado el FJ 3º de STS de la Sala V de lo Militar de fecha 3 de octubre del 2005, en recurso de casación nº 6/2005 donde fue Ponente D. *Ángel Calderón Cerezo* y relativa a un delito contra la eficacia del servicio (por motivo de la responsabilidad encontrada en la causación de un fuego mientras se estaba realizando un ejercicio de tiro): “Es cierto que existen casos en que la creación del peligro está admitido, como sucede en el manejo y utilización de las armas en ejercicios de tiro de fuego real cuya realización forma parte del adiestramiento de *los miembros de las Fuerzas Armadas*, sin que ello autorice a rebajar el nivel de exigencia del deber de cuidado sino que, bien al contrario, éste ha de elevarse hasta quedar situado a la altura que demanda el riesgo extraordinario que se crea, con objeto de evitar el resultado. (...)”.- Se ha querido subrayar por nosotros lo transcrito en cursiva-.

⁶⁴⁹ Vid Anexo I.

XIX. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN EL ESPACIO TERRESTRE (II): LA REQUISA MILITAR

XIX.I. Objeto de estudio

Cuando hablamos de las limitaciones a la propiedad en caso de guerra, de conflicto o de desastre, *desde el punto de vista administrativo e internacional se suelen distinguir varias figuras afines*⁶⁵⁰ a la requisa. Se parte de la base de que para las legislaciones modernas la propiedad no es un derecho absoluto sino que es un instituto jurídico y económico que tiene una función social que en todo caso debe de cumplir. Esa necesidad socialmente justificada que la afecta la puede llegar a debilitar (mediante la constitución de una restricción administrativa o de un secuestro), a desmembrar (mediante la constitución de una servidumbre, de un usufructo o de una requisa sólo de uso –ocupación temporal-) o incluso a desprivatizarla (expropiación, decomiso, confiscación y requisa de la misma propiedad).

XIX.II. Figuras afines

II.1 Las Restricciones⁶⁵¹. II.2 Las Servidumbres⁶⁵². II.3 La Expropiación forzosa⁶⁵³. II.4 La ocupación. El caso de la ocupación temporal de un bien, muy

⁶⁵⁰ Esto es normal por parte de la doctrina. Tiene una utilidad no solo intelectual: el esclarecimiento del distinto alcance de una posible responsabilidad estatal que también, en su caso, con ellas se pueda contraer, por lo que se hace oportuno, preventivo y conveniente distinguirlas.

⁶⁵¹ El caso de las restricciones, que pueden implicar un hacer o no, tienen como ejemplo más claro el poder de policía municipal cuando actúa estando justificado por razones tales como las de la salubridad, la seguridad, la moralidad, la estética, el urbanismo, la cultura y la tranquilidad pública. Suponen tener que soportar, en principio *sin indemnización alguna*, una mera tolerancia general o colectiva por cuanto que no hay un sacrificio o carga especial que le sea impuesta al dueño, por lo que le caracteriza también el que sean actuales, imprescriptibles, permanentes, constantes y continuadas. Su proporcionalidad como medida implica que nunca puedan borrar el dominio en su exclusividad y perpetuidad.

⁶⁵² El caso de las servidumbres, que consiste en hacer que sobre un bien inmueble ajeno recaiga un fin de uso público, ya sí desmiembra a la propiedad como tal derecho, por tanto *indemnizable*, y cuya disposición ya no lo hace pleno; y, en cuanto que lo puede ser administrativa, se constituye a favor solo de un ente público dada su finalidad. Suelen precisarse, también en casos de misiones, cuando no habiendo acuerdo contractual al respecto el objeto sobre el que recaen son, por ejemplo, estaciones eléctricas, de radiotelecomunicaciones, o de transportes de otra energía (gas). No obstante, las hay de muchos tipos: de sirga o camino ribereño, de acueducto, gaseoducto, electro-ducto, ferroviaria, arqueológica, de bienes históricos, de fronteras, de minería y aeronáuticas.

⁶⁵³ El caso de la expropiación es aquel donde el Estado, para cumplir con una finalidad de utilidad pública específicamente declarada, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo para ello un determinado procedimiento y pagando una *indemnización previa*, en dinero, con avalúo de un precio justo y único. Aquí el derecho de propiedad sí se extingue como tal. El caso más famoso a citar en *España* fue el de *Rumasa* en su día y *supuestos donde pueda haber dudas de que un bien pueda no ser expropiado es el de una embajada extranjera o el caso de templos religiosos*. La reversión (retrocesión en *América latina*) del bien a su antiguo titular podrá tener lugar por la aplicación del bien por el expropiante a un fin distinto del que había sido declarado, o cuando no le dé destino alguno, por ejemplo, en caso de abandono. En este último sentido, y en un rápido resumen de ella, merece destacarse la **Sentencia del TS de 25 de enero del 2000 nº 16/00 (RJ 349), en recurso de casación nº 1176/1995, de la Sala Primera de lo**

ligado al usufructo, lo damos por sabido remitiéndonos para ello a lo ya explicado en capítulo anterior. II.5 El Decomiso⁶⁵⁴. II.6 La confiscación⁶⁵⁵. II.7 Secuestro⁶⁵⁶.

XIX.III. La requisa

Por último, la requisa, regulada en lo militar en nuestra Ley de expropiación forzosa (LEF)⁶⁵⁷, arts.100 a 107, es la ocupación o adquisición coactiva de un bien por el Estado, que lo dispone por situación de generalidad y a efectos de satisfacer exigencias de utilidad pública reconocida por la ley. Nos centraremos en la requisa militar⁶⁵⁸.

XIX.IV. El caso de la requisa para socorro humanitario

Un ejemplo histórico no muy lejano fue el del lunes 14 de abril del 2003, con motivo de la primera expedición española a *Iraq*, cuando la autoridad militar española al mando de la operación *Sierra Juliette* se planteó la posibilidad material de que los productos perecederos (azúcar y leche) encontrados en los contenedores del puerto abandonado de *Umm Qsar*, frente a la zona de atraque, pudieran ser requisados para ser entregados a la población iraquí atendiendo a su misión y una vez visto que en los contenedores encontrados constaba además la

Civil, donde fue ponente *D. Román García Varela*, y relativa a la incautación en la guerra civil española, concretamente en Agosto del año 36, del edificio de un Casino (republicano) de artesanos de la villa de *Muxía (Galicia)*, cuya importancia –entre otras consideraciones- destacamos el hecho de que el despojo sobre aquél lo considera ilegal porque fue realizado en unas fechas donde el sistema político de entonces carecía de garantías jurídicas, las cuales solo tienen lugar a partir de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, *que es el momento a partir del cual sobreviene ya la posibilidad de ejercer la acción correspondiente*, motivo por el cual el posible abandono o preclusión de plazos procedimentales anteriores no los toma en cuenta para entender que todavía se hallaba viva la acción reivindicatoria de los demandantes afectados.

⁶⁵⁴ **El caso del decomiso** es una limitación de la propiedad como medida de policía y de interés público, es decir, por razón de infracción de seguridad pública. Funciona así como *una sanción* que lo puede ser no solo administrativa sino sobre todo penal, aduanera y de policía. La cosa caída en comiso, en principio, puede ser destruida por su peligrosidad (el caso de la droga o explosivos), por lo que supone su pérdida *sin indemnización* alguna que valga. **Podría considerarse la más apropiada incluso para la lucha antiterrorista.**

⁶⁵⁵ **El caso de la confiscación** es el simple desapoderamiento de sus bienes a una persona, que pasan al poder del Estado *sin compensación*. Suele estar prohibida aunque ejemplos en la Historia, con ocasión de guerras, así la de la Independencia, tenemos muchos.

⁶⁵⁶ **Y el caso del secuestro de bienes**, antes de entrar en el tema propiamente dicho de la requisa, no es más que una custodia temporal y *no indemnizable* de aquéllos por autoridad administrativa o judicial, y a diferencia del decomiso, aquí no siempre estamos hablando de una sanción sino más bien de *una medida cautelar*, así como que no supone la pérdida definitiva del bien –en el decomiso sí-, que recae solo sobre bienes muebles y su indisponibilidad se puede conseguir vía embargo o su anotación registral. Un ejemplo famoso fue el del club atlético de Madrid con el "Juez" Rubí.

⁶⁵⁷ Ley de 16 de diciembre de 1954.

⁶⁵⁸ Lo hacemos sabiendo de antemano: 1. Que la requisa puede abarcar la prestación de servicios, la adquisición de cosas muebles y la utilización en su caso de bienes inmuebles y semovientes. 2. Que debe reunir la nota de utilidad pública, ser *indemnizable* y tener un procedimiento escrito (la "orden de requisa"). 3. Que cuando lo es de propiedad no se permite la especulación y el agio antes de la indemnización pertinente. 4. Que las cosas fungibles nunca se expropián sino que se requisan, y 5. Que la requisa militar es un complemento de los poderes de guerra.

frase "propiedad del Gobierno iraquí". Esa posibilidad se estudiaría *in situ*, significando que *a priori* sería factible atendiendo la finalidad de la operación *Sierra Julieta* y que en todo caso se tendría que hacer un acta de requisa y una relación de inventario de bienes muebles encontrados, con su valoración a efectos de dejar constancia de su posible valor alzado de mercadería perecedera a fecha del acta. Ello como medida previsora y sin perjuicio de que, lo más probable, dado el estado de guerra entonces no finalizada, en un futuro no hubiera reclamación alguna.

La base jurídica sobre la que a nivel internacional se tendría que realizar esa labor la conformarían la Resolución 1441 del C.S de la ONU legitimadora del mandato de la operación y, desde luego, la normativa de Derecho Humanitario de los conflictos armados:

1. Art. 34 I Convenio de Ginebra, art.73 y Anejo III del II Convenio de Ginebra, arts. 53, 55, 60, 61 y 89 del III C. Ginebra, art.14 (a sensu contrario), art.14 y 70 del IV C. Ginebra⁶⁵⁹.
2. Art.52.1 y 54 Protocolo Adicional I de 1977, art.34, 53 y 147 IV C. Ginebra.

De ese estudio se concluyó: I. Que los bienes para cuya finalidad explicada eran objeto de examen tenían la naturaleza de ser bienes muebles civiles perecederos que, al no ser ningún objetivo militar (art.52.1 del Protocolo Ad. I), podían ser requisados incluso en estado de guerra con objeto de no incurrir, como método de aquélla, en la prohibición (prevista en el art.54 del mismo Texto) de hacer padecer hambre a las personas civiles, de tal forma que según el art.53 y 147 del IV Convenio ginebrino, interpretado *a sensu contrario*, era posible cualquier apropiación de bien civil si estaba justificada por una necesidad militar u operación bélica; II. Si se podía hacer en ese estado de guerra, la Resolución 1441 del Consejo de Seguridad de la ONU también legitimaba la acción en operación de paz porque la finalidad intrínseca de aquélla era el apoyo humanitario a la población civil, esto es, la última destinataria de unos productos que, por ser encontrados, eran sólo por la Fuerza poseídos, devueltos y no apropiados,

⁶⁵⁹ Transcribimos los dos primeros:

Art.34: "Los bienes muebles e inmuebles de las sociedades de socorro admitidas al beneficio del Convenio serán considerados como propiedad particular. El derecho de requisición reconocido a los beligerantes por los usos y leyes de la guerra solo se ejercerá en caso de urgente necesidad, y una vez que haya quedado asegurada la suerte de los heridos y enfermos".

Art.73: "A falta de acuerdos especiales entre las Potencias interesadas acerca de las modalidades relativas a la recepción, así como a la distribución de los envíos de socorro colectivos, habrá de aplicarse el reglamento atañero a los auxilios colectivos que Figura en el Anexo I al presente Convenio. Los acuerdos especiales aquí previstos no podrán restringir, en ningún caso, el derecho de los hombres de confianza a tomar posesión de los envíos de socorro colectivos destinados a los prisioneros de guerra, a proceder a su reparto y a disponer de ellos en interés de los cautivos. Tales acuerdos tampoco podrán restringir el derecho que tengan los representantes de la Potencia protectora, del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) o de cualquier otro organismo que acuda en ayuda de los prisioneros, al que se haya encargado la transmisión de dichos envíos colectivos, de fiscalizar la distribución a sus destinatarios".

imperando por tanto dos causas de estado de necesidad para adoptar esa medida: una necesidad militar que aconsejaba su reparto equitativo a la población local iraquí próxima debido también a la caducidad y probable pérdida de los productos en caso contrario; III. El ofrecimiento por la Fuerza española - con el aviso a la potencia ocupante - de esta acción de socorro sería sugerida mediante la previa confección de un acta⁶⁶⁰ de requisa con relación inventarial de bienes y avalúo a tanto alzado. De esta manera, incluso en términos del art.70 del Protocolo Adicional I, esto es, en el contexto de encontrarse en estado de guerra, tal acción de socorro suponía en suma una fórmula jurídica que "...no será (sería) considerado como injerencia en el conflicto armado ni como acto hostil". En el Informe jurídico al que se hace allí alusión se debían de abordar al menos los siguientes puntos, a saber.

XIX. V. El pillaje en la legalidad militar

XIX.V.1. Ámbito disciplinario

En el ámbito disciplinario se suele considerar pillaje leve *La sustracción de escasa cuantía y los daños leves en las cosas realizados en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves o establecimientos militares, o en acto de servicio, cuando no constituya infracción más grave, y como grave el destruir, abandonar, deteriorar o sustraer caudales, material o efectos de carácter oficial cuando por su cuantía no constituya delito, adquirir o poseer dicho material o efectos con conocimiento de su ilícita procedencia o facilitarlos a terceros.*

XIX.V.2. Ámbito penal

Por su parte, en el ámbito penal militar, por lo que a España se refiere, entonces había que distinguir⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ El **modelo de acta de requisa humanitaria** y relación inventarial de avalúo sería uno como el que sigue a continuación: CONSTITUIDO El oficial de la Fuerza española y dos testigos locales iraquíes (abajo identificados con su rúbrica) en el Puerto de UQ, a las ... horas del día ... , por designación de la autoridad regente de la Operación de Paz *Sierra Juliette* y bajo el amparo de la legislación internacional sobre Derechos Humanos y de las Misiones de Paz en los conflictos bélicos según previo Informe Jurídico al respecto; MANIFIESTA: Que con el fin de hacer entrega a la población local de la requisa que en este acto se realiza sobre los bienes perecederos encontrados y a continuación descritos tanto en cuantía como cualidad, se preconstituye este documento con el fin de dejar constancia del cumplimiento de la **orden de requisa** decretada y acordada por la autoridad española en esta misma fecha, documento del que teniendo en cuenta la total ausencia de notarios se dejará constancia en el archivo correspondiente de la Fuerza española a tales efectos.RELACIÓN DE BIENES INVENTARIADOS Y AVALÚO A TANTO ALZADO: Descripción. Peso. Volumen. Cuantía. Valor. - T O T A L: suma.

⁶⁶¹ A. En el ámbito de los antiguos "*delitos contra la Hacienda Militar*", son delitos las siguientes acciones: (Con penas que pueden ir de medio a diez años de prisión):

- Art.195. "*El militar que destruyere, deteriorare, abandonare o sustrajere, total o parcialmente, el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo custodia o responsabilidad bajo responsabilidad de su cargo o destino*".

- Art.196. "*El militar que sustrajere o receptare material o efectos que, sin tenerlos bajo su cargo o custodia, estén afectados al servicio de las Fuerzas Armadas*".

XIX.V.3. Los postulados básicos

1º. Que en caso de incumplimiento de las normas expuestas existiría una responsabilidad del propio Estado que se concretaría en la obligación de pagar las indemnizaciones a que hubiera lugar en resoluciones condenatorias, porque los Estados son responsables de todos los actos criminales cometidos por sus Fuerzas Armadas. 2º. Aparte, cada persona estaría sujeta, como es lógico, a una responsabilidad personal por los actos que cometiese. 3º. Que el art.78 del C.P Militar ya derogado debía de ponerse en relación con el art. 28 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899. 4º. Nociones jurídicas sobre el pillaje en el ámbito bélico:

- I. *El principio de distinción en los bienes*⁶⁶².
- II. *Prohibición*⁶⁶³. *Uso debido*. Debe tenerse en cuenta que –desde la óptica de un beligerante- si ese bien, por ubicación, finalidad o utilización, supone

Art.197. *"El que, con conocimiento de su ilícita procedencia, adquiriere o tuviere en su poder los efectos a que hacen referencia los dos artículos anteriores"*.

Cabe decir como aspecto común de los tres delitos anteriores que su pena variaría según la conducta recaiga o no en material de guerra, armamento o munición, en cuyo caso -y como es lógico- la pena es mayor, así como que según que los hechos en concreto de que se trate revistan una especial gravedad, supuesto este último donde la pena también puede así ser mayor a la "normal" en función de este otro criterio y no solo el primero.

A. En el ámbito de los antiguos *"delitos contra las Leyes y usos de la guerra"*:

Art.74: Será castigado el militar que "(1º) *requisare indebidamente e innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado*". La pena es de medio año a seis años.

Art.77: Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que:

- "(2º) *despojare de sus efectos en la zona de operaciones a un muerto, herido o enfermo, náufrago o prisionero de guerra con el fin de apropiárselos. Cuando con motivo del despojo se les causare lesiones o se ejercieren violencias que agravasen notablemente su estado, se impondrá la pena en su mitad superior*".

- "(7º) *destruyere o deteriorare, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, los bienes muebles de valor histórico, artístico, científico o técnico, los yacimientos en zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y parques relevantes por su interés histórico-artístico o antropológico y, en general, todos aquellos que formen parte del patrimonio histórico*".

Cualquier acto de pillaje o apropiación de los citados bienes culturales, así como todo acto de vandalismo sobre los mismos y la requisita de los situados en territorio que se encuentre bajo la ocupación militar, será castigado con igual pena" (de dos a ocho años de prisión).

Art.78: *"El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión"*.

⁶⁶² Que siendo objetivo militar en lo que respecta a los bienes, según el art.52.2 del Protocolo Adicional I de 1977, aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida, resulta que *son así bienes civiles* los que respecto de la definición anterior se definen por exclusión y son indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como –según el art.54.2, segundo inciso, del mismo Texto- los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.

⁶⁶³ Que según el mismo artículo último citado está prohibido un acto histórico de terror cual es el de recurrir al hambre como método de guerra contra la población civil y *no serán esos bienes*

un apoyo al enemigo o si su captura, destrucción o neutralización proporciona una ventaja militar concreta puede así convertirse en objetivo militar según los términos y condiciones teóricas que antes hemos visto.

III. Represión de actos⁶⁶⁴.

Esta Protección de determinados bienes en los conflictos armados proscribiendo y castigando el pillaje y el saqueo, tal y como por ejemplo hace el Estatuto de Roma creador de la Corte Penal Internacional, se conjuga con las precauciones sobre la requisita, objeto ya de anterior estudio, así como por lo dispuesto en el art.18 del III Convenio de Ginebra (sobre el trato a los prisioneros de guerra), según el cual (*grosso modo*) los medios, recursos y abastecimientos del enemigo capturados, *exceptuados* los medios de identificación, los recursos sanitarios y religiosos y los necesarios para el vestuario y alimentación y protección del personal capturado, se convierten en botín de guerra, que puede ser utilizado sin restricción. Pertenecen a la potencia captora y no a los combatientes individuales, por lo que serán evacuados por los canales logísticos. Al igual que en la vida civil y mientras que en tiempo de paz existe un CP común que castiga el delito o la falta de *hurto*, esto es, la sustracción de bienes muebles sin fuerza en las cosas o violencia en las personas, así como la *apropiación indebida* de aquéllos cuando uno tiene además el deber de guarda y custodia de tales objetos, en tiempo de guerra, y por tanto, también análogamente en las misiones de paz que realizan nuestras Fuerzas Armadas, sus miembros deben saber: Que existe una larga tradición, como lo demuestra la antigüedad de la legislación internacional al respecto (tanto el art.32,a) del Manual de Oxford relativo a la guerra naval, como los arts. 28 y 47 del Reglamento Anejo a las Convenciones de la Haya II de 1899 y IV de 1907 para la guerra terrestre, art. 33 del Convenio IV de 1949 y art.4.3 de la Convención de la Haya de 14 de mayo de 1954), e incluso ya la más moderna (art.8.2, letra b) apartado xviii del Estatuto de Roma), a su vez desarrollada por la legislación nacional ("de los delitos contra las leyes y usos de la guerra", arts. 74 y ss. del Código Penal Militar hasta hace poco vigente) en que el pillaje y la rapiña

objeto de ataque a no ser que, según el párrafo 3 del precepto, (a) se utilicen solo como medios de subsistencia *para los miembros de las fuerzas armadas*, o (b) los utilice en apoyo directo de una acción militar, *a condición, no obstante*, de que *en ningún caso* se tomen contra tales bienes medidas cuyo resultado previsible sea dejar tan desprovista de víveres o de agua a la población civil que ésta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse.

⁶⁶⁴ En materia de represión de abusos e infracciones, según el Derecho ginebrino, en el **art.50** del I Convenio se dice expresamente que "*las infracciones graves a que alude el art. anterior son las que implican algunos de los actos siguientes, si son cometidos contra (...) bienes protegidos por el Convenio: (...) la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria*". Sin decirlo expresamente, este precepto define así el pillaje, definición que podríamos completar acudiendo al **art.53** del IV Convenio ginebrino cuando manifiesta que "*está prohibido a la Potencia ocupante destruir bienes muebles o inmuebles pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a organismos públicos, y a agrupaciones sociales o cooperativas, salvo en los casos en que tales destrucciones las hicieran necesarias las operaciones bélicas*" así como el **art.147** del mismo Texto, que es repetitivo y calcado al art. 50 del I Convenio.

quedan formalmente prohibidos bajo cualquier forma que se practique *para no perjudicar en tiempo de guerra sobre todo ni a la población civil ni a los propios miembros de las Fuerzas armadas que en cualquier momento puedan verse en la necesidad imperiosa de necesitarlos, así como también a sus legítimos dueños.*

Por tanto, *el pillaje* consiste en la acción de apropiarse de un bien –cualquiera que sea, ya agrícola, ya de alimentación, etc.- sin el consentimiento del propietario y con la intención de privarle a su dueño de ese bien y apropiarse de él para su uso privado y personal. Por tanto, se sanciona el hecho de apoderarse o tomar para sí una cosa ajena sin consentimiento del dueño, es decir, sin otra razón que la voluntad del que realiza esa acción, que la lleva a cabo con la intención o propósito de hacer suya la cosa o bien de que se trate, de adquirir su efectiva posesión. A efectos penales concurrirá sólo una causa de justificación que determinará la falta de anti-juricidad de la conducta y su consiguiente impunidad cuando la apropiación sea necesaria por necesidades militares, *juicio de valor que no corresponde tomar a cada miembro de la dotación individualmente sino al más alto Jefe militar de la Fuerza.*

El *saqueo*, por su parte, es lo mismo que el pillaje, pero a gran escala; es decir, un pillaje sistemático en el que, además, suele intervenir algún tipo de fuerza en las cosas o violencia en las personas para conseguir el apoderamiento de los bienes de que se trate. Tanto en uno como en otro caso cabe decir que para que la conducta se consuma (se termine y no constituya un mero intento) con carácter ya punible, en la gravedad que corresponda (bien como falta o incluso delito), es preciso que se haya producido la efectiva apropiación del bien ajeno por parte de uno, que ha de haberlo integrado en su patrimonio incluso cuando fuese por cortísimo tiempo (es decir, encontrado en su ámbito de posesiones: taquillas, mochila o guardado en cualquier otro lugar concreto). Al igual que ocurría con el bando militar se puede a veces confeccionar un modelo de orden a modo de recordatorio de toda esta normativa, una como la que en su día se confeccionó a raíz del estudio jurídico previo y cuyo modelo⁶⁶⁵ también se hace constar en nota de pie de página.

⁶⁶⁵ ORDEN DE LA AUTORIDAD MILITAR A TODA LA DOTACIÓN.

En virtud de mi autoridad y como máximo Jefe militar español responsable en la AOR que tiene el deber de velar por los buenos usos propios de la misión y conducción de las hostilidades en su caso,

COMUNICO: Que haciendo cumplir lo prescrito por la normativa internacional ratificada por España –así por ejemplo el art.32. a) del Manual de Oxford relativo a la guerra naval, entre otros- y su desarrollo en el Código Penal Militar (art. 74.1), que castiga la requisita indebida o innecesaria de edificios u objetos muebles en territorio ocupado,

SE ORDENA: Que ningún miembro perteneciente a la Fuerza española cometa pillaje o rapiña de ningún bien encontrado o que se pueda encontrar en dichos edificios o instalaciones iraquíes por quedar formalmente prohibidos bajo cualquier forma que se practique, significándose que en caso contrario se iniciarán actuaciones tendentes a esclarecer unas responsabilidades que pueden llevar incluso la pena judicialmente impuesta que va de seis meses hasta de seis años de prisión.

En suma, la requisita es un complemento del poder de la guerra en la que *está expresamente prohibido el pillaje y el saqueo*, de tal suerte que de ello se siguen dos consecuencias a tener en cuenta: Una, que los medios, recursos y abastecimientos del enemigo capturados, exceptuados los medios de identificación, los recursos sanitarios y religiosos y los necesarios para el vestuario y alimentación y protección del personal capturado, se convierten en “*botín de guerra*”, que puede ser utilizado sin restricción. Pertenecen a la potencia captora y no a los combatientes individuales, por lo que serán evacuados por los canales logísticos. Y dos: que en cuanto al concepto jurídico indeterminado de “*necesidades militares*”, en cuanto justificativo en este caso de un decomiso o requisita, se trata de un juicio de valor que no corresponde tomar a cada miembro de la dotación individualmente sino al más alto Jefe militar de la Fuerza.

XX. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN EL ESPACIO TERRESTRE (III). LA SEGURIDAD EN LAS UNIDADES MILITARES ESPAÑOLAS

XX.I. Planteamiento

El propósito de este apartado es abordar la seguridad desde el punto de vista de los casos de robo y extravíos de armamento que en una Unidad militar, por ser famosos, no hace falta recordar⁶⁶⁶, incluso los ocurridos en otros países. Su notoriedad nos pone en alerta para tener que glosar aquí una normativa tan reciente como necesaria de por sí; aquella que, antes incluso de los tiempos de “la vieja mili”, no por la extinción de ésta también ha conllevado por completo la de aquélla. Por tanto, *¿Cuáles son hoy las distintas responsabilidades según los tipos de las guardias?*

⁶⁶⁶ Para muestra baste el siguiente botón. En diario argentino de revista electrónica la nación.com, referido a noticia del domingo 20 de Febrero del 2011, se podía leer: “En un confuso episodio, que derivó en el “presunto suicidio” de un Sargento, fue descubierto un faltante de armas en el Batallón de Arsenales 603, en la ciudad Santafecina de *Fray Luis Beltrán*. A raíz del hecho, el Ministro de Defensa, *Arturo Puricelli*, ordenó al Jefe del Ejército, Teniente General *Luis Pozzi*, el “*inmediato pase a disponibilidad de todo el personal que hubiera tenido responsabilidad en el cuidado del armamento*”. La medida alcanza al Coronel *Enrique Battezzati*, Jefe de la unidad, que hace solo doce días había asumido sus funciones en el Batallón, creado hace 106 años por el General *Pablo Richeri*. Con 30 años de experiencia en el Ejército, el Coronel *Battezzati* reemplazó al Teniente Coronel *Alejandro Holm*, que condujo la unidad militar durante los últimos dos años. El Ministerio de Defensa informó que los hechos son investigados por el Juez federal de *Rosario Marcelo Bailaque*, que tiene a su cargo, entre otras, la causa *Díaz Bessone*, por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar. La propia cartera comunicó, además, el “presunto suicidio” del Sargento ayudante mecánico armero *Hernán Solís*, que se desempeñaba como jefe de la Sección Armamento de la Compañía de Abastecimiento del Batallón de Arsenales 603. No se dieron más detalles de la muerte del Suboficial. El faltante de armas en el Batallón 603 se suma a recientes robos de armas registrados en unidades militares. El 5 de enero último fueron sustraídas 32.800 municiones en la I Brigada Aérea de *El Palomar*, por lo que se dispuso el relevo de su titular, Brigadier *Daniel Rubén Rodríguez*.”

XIX.II. La Seguridad y el Orden público

Sobre la importancia de este valor⁶⁶⁷ las actuales Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de Febrero, obligan a Éstas a que sean conscientes disponiendo su art.42, relativo al Manejo y uso de armas, que el militar “pondrá máxima atención en todo lo concerniente al manejo de las armas, especialmente en la aplicación de las normas de seguridad, *consciente de su gran importancia*. Para hacer uso de ellas, se atenderá estrictamente a la normativa vigente, órdenes recibidas y reglas de enfrentamiento.” Por su parte, la Sala 3ª, Sección 6ª, STS de 23 de septiembre del 2003, significa en cuanto al *concepto de Orden Público* como supuesta base de expulsión a extranjero que -conforme a la jurisprudencia del TC- debe de entenderse por tal “*los actos contrarios al normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*”; no lo es –invocando el asunto C-348/1996 *Donatella Calfa* del TJCE la falta de integración social en el medio o la conflictividad de la persona (la mera existencia de condenas penales). Precisamente por esas mismas razones de seguridad y de orden público, y antes de continuar con la normativa de carácter meramente reglamentaria, no obstante, conviene recordar que ya el propio Código Penal Militar aprobado por Ley Orgánica 13, 1985, de 9 de Diciembre, estipulaba a sus efectos cuándo procedía su aplicación a los miembros de la Benemérita (art.7 bis –arts.1 y 2 actual), quién es “*militar*” (art.8 –art.2 actual-), quién “*autoridad militar*” (art.9 –art.3 actual-), cuándo hay “*fuerza armada*” (art.10 –art.35.3 actual-), quiénes son “*centinelas*” a los efectos también penales (art.11 –art.4 actual-), qué son “*actos de servicio*” (art.15 –art.6.1 actual-) y cuándo tales actos de servicio son “*de armas*”(art.16 –art.6.2 actual), así como que tipificaba en el Título Cuarto, de los delitos contra la Nación española y la Institución Militar, de su Libro II (de los delitos en particular), concretamente en los arts.85 y 86 (Capítulo I) los “*delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar*”, y en los arts.146 y 147 (Capítulo 5, Sección 2ª) los delitos “*contra los deberes del centinela*”. A ellos nos remitimos⁶⁶⁸ teniendo en cuenta su correlación con el CPM actual

⁶⁶⁷ Para el TC, según podemos comprobar, por ejemplo, en STC, Sala 2ª, de 26 de febrero del 2004, donde fue Ponente Doña Elisa Pérez Vera, hay dos conceptos de Seguridad Pública: uno amplio y otro estricto. El primero “*se refiere a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano*”; y otro estricto “*en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el art.104 CE*”. Este último criterio es el que aplica, por ejemplo a la protección civil.

⁶⁶⁸ Vid Anexo I. Consideración previa: la correlación con el CPM actual ya la hicimos en capítulo anterior.

XX.III. El alcance de la normativa glosada

En la propia normativa reglamentaria⁶⁶⁹ de las Fuerzas Armadas, al tratar de la Seguridad *de las unidades en su conjunto*, quedan *excluidas* de esa normativa específica –por aplicación de lo dispuesto en el art.3 de ese Reglamento referenciado – la Seguridad relacionada con *la información, la específica de operaciones, ejercicios y maniobras, así como la de las aeronaves, y la relativa a la seguridad y prevención de riesgos en el ejercicio profesional*, de forma que junto con las voces “*unidad*”⁶⁷⁰ y “*jefe*”⁶⁷¹, La define⁶⁷² “*como el conjunto de medidas encaminadas a prevenir y neutralizar las amenazas a la integridad y disponibilidad del personal así como a la actividad y recursos de las unidades*”. Por tanto, la Seguridad que se predica de operaciones, ejercicios y maniobras se rige por su propia normativa, que se basará en sus reglas, en aquellas que se establezcan para cada operación y en los mandatos de la Organización, Nación anfitriona o Coalición internacional responsable de la misma. Esta delimitación de la normativa nos obliga también a tener en cuenta que con la entrada en vigor de las actuales Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas se derogaron ciertos preceptos de las Ordenanzas de los tres Ejércitos, y que, por lo que a esta materia se refiere, *si por ejemplo nos centramos en las de Tierra*, no obstante no han sido derogados (Título VIII –“De las guardias”- del Tratado Segundo –“Del régimen interior”-), sino jurídicamente degradados: por aplicación de la disposición derogatoria única, punto 4, letra c) de las actuales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas se les ha otorgado expresamente rango de “Orden ministerial”. En este orden de cosas resulta que los arts. 5, 7 a 10, 14 al 21, 24 al 73, y 75 al 233 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, que tienen entre otros rango de Orden Ministerial, y que se relacionan con el mando y el régimen interior de las Unidades del Ejército de Tierra, han sido actualizados para su adaptación a la nueva realidad por la Orden Ministerial 50/2011, de 28 de Julio, por la que se aprueban las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades e instalaciones del Ejército de Tierra, Orden en cuya Exposición de Motivos se refiere también a la materia de seguridad aludiendo el Real Decreto 194/2010, de 26 de Febrero, por el que se aprueban las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas, diciendo que “*ha supuesto un hito normativo de especial relevancia*”, de forma que sin perjuicio de definir en su propio *Título Preliminar* conceptos tales como los de “acción de mando”, “régimen interior”, las diferencias entre “Unidades”, es decir, entre Unidad, Centro y Organismo, así como las correspondientes a “Instalaciones”, esto es,

⁶⁶⁹ Real Decreto 194/2010, de 26 de Febrero, por el que se aprueban las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas, publicado en BOD nº 53 de 18 de marzo del 2010, p. 3343 a 3347 y BOE nº 64 de 15 de marzo del 2010.

⁶⁷⁰ Con carácter genérico se refiere “*tanto a una unidad militar o buque y, en su caso, centro u organismo, como a una base, acuartelamiento o establecimiento*”.

⁶⁷¹ Este término comprende las denominaciones de “*jefe, comandante o director, referidas a quien ejerce el mando o dirección de una unidad*”.

⁶⁷² Art.2 1. del R.D 194/2010, de 26 de Febrero.

Base, Acuartelamiento y Establecimiento, su *Título I* aborda la “acción de mando” y su relación con el concepto de “autoridad”, regula su ejercicio, las normas que rigen su sucesión y la delegación de atribuciones, incluye un capítulo especial de “apoyo al mando” y termina por entrar a regular todo lo referido a atribuciones, competencias, obligaciones y responsabilidades. Ya en su *Título II* trata del régimen interior, pudiendo verse en su capítulo II qué servicios se prestan en las instalaciones, y a los efectos que aquí ya más importan, su *Capítulo V* (arts.78 a 107) se extiende extensamente a las diferentes guardias. Por tanto, atendiendo a su naturaleza, las guardias siguen siendo “de orden”, “de seguridad” o “de los servicios”, y, teniendo en cuenta su frecuencia, ordinarias y extraordinarias. Pero por la Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio, hay que añadir las guardias aeronáuticas.

Son guardias **de orden** las que teniendo en cuenta para su adecuado desarrollo los Libros de Normas de Régimen interior y Listas de Ordenanzas garantizan la acción del mando, fuera de las horas de su permanencia en el destino, y en aquellos actos que no requiera su presencia. Son **de seguridad** las que teniendo en cuenta también como documento para su adecuado desarrollo las carpetas actualizadas de órdenes se montan para aquel fin, es decir, aquel al *que en este capítulo nos estamos prioritariamente refiriendo por cuanto que el personal que las preste normalmente irá armado*, de forma que también se considerarán como tales los retenes que las apoyan o refuerzan, las escoltas, los destacamentos de seguridad y las guardias de honor; y son **de los servicios** las que aseguran la disponibilidad y necesaria permanencia de algunos de ellos, así como las que se montan como refuerzo de aquellos que lo requieran, caso de los de asistencia sanitaria, transmisiones, mantenimiento de instalaciones, retenes contra incendios o automóviles. Por su parte, son guardias **aeronáuticas** las que aseguran la disponibilidad y permanencia de los servicios de esta naturaleza, así como las que se organizan como apoyo o refuerzo de éstos.

En cuanto a su prestación, tal como dispone el art.107. 4 y 5 de la Orden Ministerial 50/2011, de 28 de Julio, debe tenerse en cuenta que *“en caso de coincidencia de dos o más guardias, el orden de preferencia será: de seguridad, de orden de instalación, de orden de unidad, aeronáuticas y de los servicios. La compatibilidad, o no, entre las diferentes guardias deberán estar reflejadas en el libro de Normas de Régimen Interior”*. A la guardia que no haya podido prestarse se le aplicarán los criterios fijados de cese del motivo por el que no se pudo entrar o la causa de interrupción de su prestación, a no ser que haya transcurrido el período de su nombramiento, de forma que al titular o su imaginaria que le sustituya se le dará por cumplida la guardia, siempre que la haya prestado durante al menos la mitad de la duración normal de la misma. No se podrán prestar más de dos guardias seguidas cualesquiera que sean su clase o duración. No podrán

realizarse seguidas dos guardias cuando la duración de al menos una de ellas sea de veinticuatro horas y exijan ambas dedicación exclusiva o, sin exigencia de ésta, si la duración de cada una de ellas es superior a veinticuatro horas. Toda esta regulación tiene sentido porque, al menos en las Instalaciones, esto es, Bases, Acuartelamientos y Establecimientos, ondeará la Bandera Nacional en un lugar preeminente y bien visible, que será izada y arriada, conforme a lo establecido en la Orden Ministerial citada y a las normas que regulan los actos solemnes y su ceremonial, de forma que, así mismo, preferentemente en la entrada principal, figurará el lema “*Todo por la Patria*”, guía constante del militar.

XX.IV. La seguridad (no operacional) en unidades

Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero. Delimitada así esa Seguridad específica a la que aquí nos acabamos de referir se entiende como “*el conjunto de medidas encaminadas a prevenir y neutralizar las amenazas a la integridad y disponibilidad del personal así como a la actividad y recursos de las unidades.*” Se refiere también a “*la responsabilidad del jefe de unidad en materia de Seguridad, así como a la necesaria formación y preparación que se debe impartir a los miembros de las Fuerzas Armadas para capacitarles, en el grado necesario, para su actuación en dicha materia.*” En la glosa de dicha normativa conviene que destaquemos los siguientes extremos.

XX.IV.1. La sistematización de la normativa

Su estructura es la de estar conformado por cuatro *Capítulos* donde *el primero* regula las medidas de prevención y neutralización de amenazas a la integridad y disponibilidad del personal, su actividad y los recursos con que cuentan las unidades; habla de la responsabilidad del jefe de unidad en esta materia, contando con un asesor jefe de seguridad, y de la formación y preparación; *el segundo*, sobre el Plan de Seguridad de las unidades, *el tercero* sobre las guardias de seguridad y sus componentes, distinguiendo “centinela” de “vigilante”, y *el cuarto* sobre los cometidos de la policía militar así como cuándo y cómo se ostenta el carácter de agente de la autoridad.

XX.IV.2. La actuación del militar como “agente de la autoridad”

Sobre el concepto de “**agente de la autoridad**” aplicable para un militar la citada normativa lo refiere diciendo que: cuando los miembros de las Fuerzas Armadas intervinieren encuadrados en la Unidad Militar de Emergencias, bajo mando o control operativo de Ésta, o en otras unidades de las Fuerzas Armadas, en las operaciones de Defensa Nacional que sean relativas a “*la colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente*”, tendrán el carácter de *agentes de la autoridad* en el ejercicio de sus funciones, en las circunstancias de los supuestos de grave riesgo,

catástrofe, calamidad en las situaciones que tengan su origen en riesgos naturales, como consecuencia de incendios forestales, y las derivadas de riesgos tecnológicos (químico, nuclear,...); y, en los términos que determine el Gobierno, en los supuestos de otras necesidades públicas en intervenciones en apoyo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Operación de vigilancia y protección o como consecuencia de atentados terroristas u otros actos ilícitos y violentos.

XX.IV.3. Las condiciones de actuación

Las exponemos en nota de pie de página⁶⁷³.

XX.IV.3.1. Las guardias como servicio de armas

Las Guardias de seguridad que esa normativa contempla, y cuya regulación jurídica se completaría con las normas de régimen interior de cada unidad, son un servicio de armas, así como los retenes de apoyo a la seguridad; no así las guardias de honor propiamente en cuanto que sólo se “considerarán” como de seguridad.

XX.IV.3.2. Las diferencias y similitudes entre centinela y vigilante

Las exponemos en nota de pie de página⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Las **condiciones** a cumplir en su actuación, también aplicables para la policía militar, naval o aérea (*sin perjuicio de su carácter de fuerza armada cuando proceda*), así como para los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada, siempre que en este último caso ejerciten funciones de vigilancia y seguridad marítima atribuidas legalmente o por Convenios internacionales suscritos por España, son: a) Que deberá mediar una orden en ejecución de decisiones tomadas por la autoridad *con competencia para ello*. b) Que tendrán la formación y preparación adecuadas, que serán impartidas dentro de la enseñanza militar y de la instrucción y adiestramiento, con el fin de que conozcan sus obligaciones y derechos. c) Que llevarán una identificación fácilmente visible sobre el uniforme que les acredite como agente de la autoridad.

⁶⁷⁴ Son las siguientes: Son **centinelas** los componentes de la guardia de seguridad que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guardan un puesto confiado a su responsabilidad portando **a la vista** el arma de fuego que por su cometido les corresponda; que su utilización será restrictiva y que puede haber casos reconocidos por la Legislación vigente de “*considerados*” solo como centinelas, de forma que, en cualquier caso, tiene la obligación de no dejar “**nunca**” el arma de la mano, “*dar la alarma*” cuando la situación lo requiera, y sobre todo, “*cuando resulte amenazada la seguridad de su puesto, su persona o el cumplimiento de la consigna, previa las conminaciones dirigidas al potencial agresor para que abandone su actitud y de la advertencia de que se halla ante un centinela, podrá hacer uso gradual y proporcionado de su arma, procurando causar el menor daño posible*”. Por el contrario, son “**vigilantes**” los que, **con armas o sin ellas**, son también componentes de la guardia de seguridad que, también (sin embargo) en acto de servicio de armas, no solo pueden complementar a los centinelas, de forma también fija o móvil, individualmente o en grupo, como ellos, sino que participan en la seguridad ya general -y no solo de puesto-, tanto en el interior como en el exterior de la unidad, mediante el control de personas, aseguramiento de espacios físicos o control de los medios o materiales que se asignen a su custodia, de suerte que también “*en su actuación se ajustarán a las normas de utilización gradual y proporcionada del arma para impedir o repeler una agresión en cuanto racionalmente no puedan ser utilizados otros medios*”.

XX.V. Las novedades en la nueva normativa: las propias y las de la seguridad privada

De las novedades destacamos que entre los cometidos tradicionales de *la policía militar, naval o aérea*, en territorio nacional, hay que sumar -“*fuera del recinto militar*”- la de “*controlar el tráfico, en ausencia de agentes de circulación o en auxilio de éstos, tras haber obtenido autorización del organismo responsable y haber coordinado su actuación con dichos agentes*”, previéndose que de conformidad con lo previsto en los correspondientes Acuerdos internacionales, sus cometidos se podrán desempeñar en el ámbito de Operaciones en el exterior, que podrán ayudarse entre sí y a las Fuerzas Cuerpos de Seguridad, *a petición de Éstas,* “*en aquellas funciones que le son propias y dentro de los límites de sus competencias y procedimientos legalmente establecidos en los términos que antes vimos*” y sin perjuicio de que tengan una función residual obligada en caso de flagrante delito, es decir, “*estando de servicio y en ausencia de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los miembros de la policía militar, naval o aérea intervendrán ante delitos flagrantes de acuerdo con lo previsto en la LECRIM. Tan pronto como les sea posible recabarán la presencia de aquéllos y darán cuenta de su actuación a sus superiores*”.

Pero hasta aquí el marco jurídico de “la Seguridad” en las Fuerzas Armadas, sin entrar en detalles de Ordenanzas y de penales, quedaría incompleto si no nos refiriéramos también a la Seguridad Privada. Al igual que hemos hecho antes, si comentamos su normativa resulta que las modificaciones del Reglamento de Seguridad Privada hacen referencia:

- A) A los servicios *estrictos* que los vigilantes realizarán *con armas de fuego*⁶⁷⁵.
- B) El arma de fuego y medios de defensa, que en principio será la reglamentaria que haya sido determinada por el Ministerio del Interior, pudiendo el jefe de seguridad de los vigilantes disponer el uso de grilletas en casos de que en el ejercicio de sus funciones aquéllos hubieran procedido a la detención e inmovilización de la persona o de las personas para su puesta a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

⁶⁷⁵ Que son, además de los autorizados a instancia de un interesado en su caso, los siguientes: a) los de protección de almacenamiento, recuento, clasificación, transporte y distribución de dinero, valores y objetos valiosos o peligrosos; b) los de vigilancia y protección de centros y establecimientos militares y otros dependientes del Ministerio de Defensa; fábricas, depósitos y transporte de armas, explosivos y sustancias peligrosas; industrias o establecimientos calificados como peligrosos; y en otros establecimientos, entidades, organismos, inmuebles y buques que así disponga la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil según su lugar, su valor, la concentración de riesgo, nocturnidad u otras circunstancias análogas (Bancos, Cajas de ahorro, repetidores de comunicación e infraestructuras sensibles, urbanizaciones aisladas, joyerías, museos y otros como “*buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, o para ambos*”-donde puede portar armas de guerra-).

- C) A que pueden portar y usar armas de guerra en el caso predicho, para proteger, prevenir y repeler ataques, con las características, en las condiciones y con los requisitos que se determinen, de manera conjunta, por los Ministerios de Defensa e Interior. En este último sentido hay así que acudir a la Orden Ministerial⁶⁷⁶ al efecto, porque después de que el reglamento considere ya como armas de guerra cuyo uso, tenencia y adquisición por particulares se prohíbe, a las que figuran en el art.6⁶⁷⁷ del Reglamento modificado de Armas, las armas de guerra que según el punto segundo de dicha Orden Ministerial tal clase de vigilantes de seguridad (de empresas de tal clase *de ámbito estatal*) podrán portar -y hasta usar en su caso- son la armas de fuego de calibre igual o superior a 12,7 milímetros que utilicen munición con vaina de ranura en el culote y no de pestaña o reborde en el mismo lugar, las armas de fuego de cierta munición (1º- 5,45 por 39,5-, 2º- 5,56 por 45 o su equivalente 223-, y 3º- 7,62 por 39 y 7,62 por 51 NATO-).
- D) Que hay un procedimiento de su autorización previsto, y que el marco normativo para la tenencia y uso, así como de sus municiones, estaría conformado también por el Reglamento de Explosivos (R.D 230/1998, de 16 de Febrero), de forma que de toda esa Legislación se infiere expresamente que durante su servicio los vigilantes de seguridad serán responsables de su adecuada utilización, custodia y conservación.
- E) Que las armas de guerra tienen una custodia distinta del resto ajustada a lo dispuesto por Orden de 23 de Abril de 1997, debiendo de existir controles, jefes responsables de los mismos y otros de éstos (de seguridad de la empresa), un Libro de registro de Entrada y Salida de Armas, el debido traslado de información al respecto a la Intervención Central de Armas y explosivos de la Guardia Civil, y un régimen sólo anual máximo de autorización previa de su traslado y de su munición, incluso por vía terrestre, a través de vehículos blindados distintos.

RECLAMACIÓN AL “MAESTRO ARMERO”: “ESTO QUEDA DECOMISADO”

La última normativa que referenciamos para completar esta glosa, teniendo en cuenta que podría verse afectada por los requisitos y condiciones de fabricación de armas, imitaciones y réplicas, su circulación, almacenamiento, comercio,

⁶⁷⁶ Orden Ministerial de Seguridad privada PRE/2914/2009, de 30 de Octubre, publicada en BOD nº 216 de 05.11.2009, págs.14374 a 14375, y BOE nº 264 de 2.11.2009.

⁶⁷⁷ Son: a) Las armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 milímetros, b) las mismas de inferior a 20 milímetros, cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra, c) las armas de fuego automáticas, d) las municiones para las armas indicadas en los dos primeros supuestos, e) los conjuntos, subconjuntos y piezas fundamentales de las armas y municiones indicadas en los dos primeros supuestos, así como, en su caso, sus sistemas entrenadores o subcalibres, f) Bombas de aviación, misiles, cohetes, torpedos, minas, granadas, así como sus subconjuntos y piezas fundamentales, g) las no incluidas en los apartados anteriores y que se consideren como de guerra por el Ministerio de Defensa.

adquisición, enajenación, tenencia y utilización, entre otros aspectos, proviene de la Unión Europea (Directiva 91/477/CEE del Consejo de 18 de junio de 1991, del control de adquisición y tenencia de armas, modificada por la Directiva 2008/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008). Nos referimos al Real Decreto 976/2011, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. De ella destacamos: -Que quedan excluidos del ámbito de aplicación de ese Reglamento, y se registrarán por la normativa especial dictada al efecto, la adquisición, tenencia y uso de armas por las Fuerzas Armadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Centro Nacional de Inteligencia. Para el desarrollo de sus funciones también quedan excluidos los establecimientos e instalaciones de dichas Fuerzas y Cuerpos y del Centro Nacional de Inteligencia. - Que a los efectos de ese Reglamento, en relación con las armas y su munición, se estipula qué debe entenderse por los conceptos que relaciona⁶⁷⁸.-Que por Orden del Ministro del Interior se regula un fichero informatizado de datos en el que se registrarán todas las armas de fuego, objeto del presente Reglamento, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus normas de desarrollo. En dicho fichero figura el tipo, la marca, el modelo, el calibre y el número de serie de cada arma de fuego, así como los datos de identificación necesarios del proveedor y del adquirente o poseedor, que permitan su localización. Dichos datos se conservarán de manera permanente en el fichero.

La Dirección General de la Guardia Civil, facilitará el acceso al fichero informatizado de datos a otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, organismos nacionales, Autoridades Judiciales y Ministerio Fiscal, en virtud de lo dispuesto en los párrafos a) y d) del apartado segundo del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como a organismos internacionales y países extranjeros, en virtud de lo que prevean los Acuerdos internacionales suscritos por España en la materia. En aras de la colaboración que debe existir entre las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, deberán comunicarse oportunamente por el medio más rápido cualquier circunstancia de interés policial del que tuvieran conocimiento en materia de armas, como las relacionadas con el tráfico o empleo ilícito, pérdida o sustracción de armas o documentaciones, decomisos, enajenaciones o

⁶⁷⁸ 1. Arma de fuego. 2. Arma de aire u otro gas comprimido.3. Arma antigua.4. Arma artística.5. Arma automática.6. Arma semiautomática.7. Arma de avancarga.8. Arma blanca.9. Arma combinada.10. Arma detonadora.11.Arma Flobert.12. Arma de fuego corta.13. Arma de fuego larga.14. Arma histórica. 15. Arma puesta a tiro o tomada en diente.16. Arma de repetición.17. Arma de un solo tiro.18. Arma basculante.19. Armero: .20. Corredor.21. Desmilitarización.22. Fabricación ilícita.23. Imitación de arma.24. Localización.25. Munición.26. Munición de bala perforante.27. Munición de bala explosiva.28. Munición de bala incendiaria.29. Munición de bala expansiva.30. Reproducción o réplica.31. Tráfico ilícito en la Unión Europea.

cualesquiera otras que afectaran a su tenencia y uso, siempre que fuera necesario a efectos de descubrimiento y persecución de actos delictivos o infracciones.- Que para el ejercicio de la actividad de armero, en cualquiera de sus modalidades, se requerirá la obtención de una autorización previa, expedida por la Dirección General de la Guardia Civil, sobre la base de la comprobación de la honorabilidad privada y profesional, la competencia y la carencia de antecedentes penales por delito doloso del solicitante, así como la acreditación de las aptitudes psicofísicas necesarias salvo que, en cuanto a esto último, el solicitante fuese titular de una licencia de armas. Cuando se trate de personas jurídicas, la comprobación se referirá a los responsables de la dirección de la empresa. En la forma dispuesta en el presente Reglamento, los armeros deberán llevar registros en los que consignarán todas las entradas y salidas de armas de fuego, con los datos de identificación de cada arma, en particular, el tipo, la marca, el modelo, el calibre y el número de fabricación, así como el nombre, la dirección, en su caso, la nacionalidad, y los demás datos de identificación necesarios del proveedor y del adquirente.

Las Intervenciones de Armas y Explosivos de la Guardia Civil comprobarán periódicamente el cumplimiento de esta obligación por parte de los armeros. Los armeros, tras cesar en la actividad, entregarán dichos registros a la Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil correspondiente al lugar donde radique el establecimiento. Las actividades relacionadas con la fabricación y comercio de armas de fuego tienen la consideración de sector específico en materia de derecho de establecimiento con base en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, y en la Ley 18/1992, de 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España.-Que todas las armas de fuego y las piezas fundamentales o componentes esenciales terminados que se comercialicen por separado tendrán un marcado distintivo que incluirá el nombre o marca del fabricante, el país o lugar de fabricación y la numeración de fábrica. Igualmente éstas, así como las armas detonadoras de calibre igual o superior al.22 o su equivalente en mm dispondrán del punzónado de un Banco Oficial de Pruebas español o reconocido por España, conforme a las disposiciones del Convenio para el reconocimiento recíproco de punzones de prueba de armas de fuego portátiles de 1 de julio de 1969. El marcado se colocará en las pistolas y revólveres en el armazón y en el cañón, en las armas largas rayadas en el cajón de mecanismos y en las escopetas en el propio cajón de mecanismos o en la carcasa y en los cañones; de manera que el deterioro o destrucción del marcado convierta dicha arma en ilegal. En el caso de armas que pudieran ofrecer dudas o dificultades de espacio para la inserción del marcado, éste deberá aparecer en el lugar que decida el Banco Oficial de Pruebas, participándolo a la Dirección General de la Guardia Civil. -Que, aparte de prever contraseñas a los fabricantes según el destinatario de armas, así como el régimen

de inutilización de armas, con su certificado al efecto, salvo las excepciones que se prevén, queda prohibido vender, adquirir, poseer o usar armas de fuego que no tengan estampados los punzones correspondientes a las pruebas reglamentarias, de bancos oficiales de pruebas, sean españoles o extranjeros reconocidos.-Y, por último, que toda autoridad o agente de la misma que, en uso de sus facultades, decomise o intervenga armas de fuego, piezas fundamentales o componentes esenciales deberá dar cuenta a la Guardia Civil, depositándolas en la Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil correspondiente. Al procederse al citado depósito se deberán indicar los datos necesarios para su identificación y los del procedimiento correspondiente.» «3. Si las armas, piezas fundamentales o componentes esenciales son aportadas a un proceso penal, su depósito, destrucción, conservación o destino se regirá por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las normas sobre conservación y destino de piezas de convicción. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa mencionada en el apartado anterior, si los Juzgados y Tribunales estimasen que no pudieran custodiarse en sus locales con las debidas condiciones de seguridad, podrán remitirse bajo recibo a la Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil del lugar donde se ocupen o intervengan las armas, donde permanecerán a disposición de aquéllos hasta que surtan sus efectos en los correspondientes procedimientos.

XX.VI. Enseñanzas

A efectos prácticos para el Juez Militar, ampliando el objeto principal de este trabajo, y sabiendo cómo y dónde están reguladas⁶⁷⁹ las acciones de apoyo a los heridos y a las familias de fallecidos y heridos, en este caso incluso en Operaciones fuera del territorio nacional, en caso de catástrofe, y entendiéndose por tal -respecto a fallecidos⁶⁸⁰-“*cualquier acontecimiento trágico que provoque fallecidos cuyo número, características o circunstancias superen la posibilidad de respuesta local normalizada*”, se recomienda un régimen de actuaciones⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Orden Ministerial 66/2009, de 4 de Noviembre, que aprueba un Protocolo en tal sentido, publicado en BOD nº 218 de 09 de noviembre del 2009, pp.14515 a 14519.

⁶⁸⁰ Vid. Guión orientativo de “actuación integral” relativa a los fallecidos en catástrofes elaborado por COBO.M., EXPÓSITO.J y RODRÍGUEZ J.A a partir de la experiencia en una actividad de formación en esta materia (curso 2002-2004) que tuvo lugar en la Escuela Judicial y que por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 30 de enero del 2007, acordó su difusión entre los Juzgados de Instrucción.

⁶⁸¹ Sería el siguiente:1.Contactar con el Gabinete de Crisis para coordinar una respuesta múltiple y acceso a datos relevantes, entre ellos los que en su caso figuran en la normativa que se acaba de exponer y comentar.2.La diligencia de levantamiento de cadáver, atendiendo en especial en ella al aseguramiento del lugar del hecho, dentro de lo posible, precintando su acceso y previendo una alternativa al mismo de la forma menos dañosa para las piezas de convicción que se puedan encontrar; esto es, programando que la identificación del cadáver debe hacerse como se encontró, sin perjuicio de las fotografías y actuaciones de la policía judicial y del médico forense, quienes serán peritos in situ para saber si se trata de un atentado o no, etc.3.La diligencia de Inspección ocular.4.La investigación de características y circunstancias de los hechos: causas, identificación, consideración a los aspectos registrales, estar a la espera de la autopsia, recogida de muestras, listado de testigos, paradero del traslado del cadáver a los Institutos anatómicos que correspondan en su caso, cotejo de datos, numeración de los cadáveres, ponerles pulseras

XX. VII. Jurisprudencia y legislación

En cuanto a la **normativa** la exponemos en pie de página⁶⁸². Por su parte, en cuanto a la **jurisprudencia**, la exponemos en Anexo I esquematizada en los apartados que se enumeran⁶⁸³.

XXI. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN EL ESPACIO AÉREO

Con este mismo título, en la fecha de esta redacción, está pendiente de ser publicado artículo en la Revista de Derecho de la UNED de Madrid (DRUNED); será el nº 19, 2º semestre (2016).

XXI.I. Las libertades aéreas

Una de las “libertades” del aire consiste en rescatar a “*amigos*”, heridos y náufragos, operación que puede ser compatible con otra bélica e, incluso, estar inserta dentro una operación de lucha antiterrorista. *A nuestros efectos* se trata de una operación que militarmente conlleva el uso previsto de la fuerza requerida *si se coincide que el rescatado se encuentra en zona de conflicto u hostil*⁶⁸⁴. Esta

identificativas, toma de huellas dactilares, fotos desde distintas perspectivas, etc.5.Y contemplar los problemas procesales y de tanatorios: las infraestructuras de depósito de los cuerpos del delito (cámaras frigoríficas), los ofrecimientos de acciones, la pluralidad de acusaciones personadas, controlar la legitimidad para el acceso, el nombramiento de peritos, el necesario auxilio judicial, las piezas separadas de procedimiento, las posibles imputaciones e inculpaciones, y las garantías procesales de una tutela judicial efectiva propia de un juicio posterior público y sin las dilaciones indebidas.

⁶⁸² Cuadro normativo: (En Anexo I, jurisprudencia). 1º. Directiva 91/477/CEE del Consejo de 18 de junio de 1991, del control de adquisición y tenencia de armas, modificada por la Directiva 2008/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008. 2º. Código Penal Militar. 3º. Ley 23/1992, de 30 de Julio, de Seguridad Privada. 4º. Real Decreto 1628/2009, de 30 de Octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad privada, aprobado por RD 2364, de 9 de Diciembre y del Reglamento de Armas aprobado por RD 137/1993, de 29 de Enero, reglamento este último a su vez modificado por RD.976/2011, de 8 de julio. 5º. RD 230/1998, de 16 de febrero que aprueba el Reglamento de Explosivos. 6º. Reales Ordenanzas de las FAS aprobadas por RD 96/2009, de 6 de febrero. 7º. Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas de Seguridad en las FAS. 8º. Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio, por la que se aprueban las Normas sobre Mando y Régimen Interior de las Unidades e Instalaciones del ET. 9º. Orden Ministerial de Seguridad privada PRE/2914/2009, de 30 de octubre. 10º. Orden de 23 de abril de 1997 sobre custodia de armas de guerra.

⁶⁸³ 1º. Del quebrantamiento específico de un servicio cuando es de armas, y en concreto el de centinela, así como la prevención relativa al principio acusatorio. 2º. De la posible relación con el delito de deslealtad. 3º. De los requisitos del concepto de orden de servicio de armas. 4º. De la naturaleza del servicio desempeñado en ese caso por un Guardia Civil no lo es de carácter policial de conformidad con su consideración militar a efectos penales. 5º. Del trastorno transitorio y enfermedad mental en esta conducta.6º. De la obediencia debida en conducta de rebelión militar.7º. Del estado de necesidad en conducta de rebelión militar. 8º. De los móviles morales como atenuante en conducta de rebelión militar.9º. Del delito de desobediencia de centinela.10º. De la cuestión procesal de las condiciones de admisión de un recurso de casación.11º De la cuestión procesal de la “predeterminación del fallo” como motivo casacional: los términos “Unidad” y “armamento reglamentario”.

⁶⁸⁴ Esta es una de tantas de los casos de operaciones realizadas “*fuera de área*” junto las que, por ejemplo, también se llevan a cabo simultáneamente para abatir directamente al “enemigo”, toda vez que esa acción ofensiva propia de un posible imperativo militar supone un rescate implícito del personal propio, incluyendo entre ese personal a la población civil en su caso.

libertad tiene su importancia. Tal como ya vimos con respecto a *la famosa Operación Jerónimo* en relación con la crítica realizada por **MANGAS MARTÍN**, y de acuerdo con la práctica Internacional, por encima de las libertades⁶⁸⁵ del aire doctrinalmente defendidas y de los intereses comerciales y estratégicos que estatal e históricamente hayan sido hechos valer, *en esta materia se parte de la base del reconocimiento de la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo supra yacente a su territorio*⁶⁸⁶.

XXI.II. La problemática del concepto del “espacio aéreo”

La preocupación de los Estados por proteger su Seguridad Nacional e intereses económicos generó un *régimen consuetudinario internacional* en materia de navegación aérea -producto de los progresivos avances tecnológicos- que cristalizaría en la reglamentación ya escrita de la Convención⁶⁸⁷ de *París* sobre Navegación Aérea de 13 de octubre de 1919 y en la Convención⁶⁸⁸ de *Chicago* sobre Aviación Civil Internacional, de 7 de diciembre de 1944. Por esta última Convención se constituyó la OACI (Organización de Aviación Civil). Ni una ni la otra definen “espacio aéreo”, pero de ambas se deduce que *el límite horizontal del espacio aéreo* es la extensión longitudinal de la suma del terrestre y del marítimo sometido a la soberanía estatal (abarcando así la tierra, las aguas interiores y el mar territorial). *Sin embargo, no delimita su límite vertical*. Aparecen así junto a otras⁶⁸⁹ la siguiente pregunta: ¿cuál es su “frontera”⁶⁹⁰ con el espacio ultraterrestre? Lo único que está claro, aunque no se defina, es que el Estado subyacente es el titular exclusivo de la soberanía sobre el espacio aéreo que se encuentra sobre su territorio, toda vez que según se dispone por los Convenios advertidos (art.1) “*Los Estados Contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva sobre el espacio europeo situado sobre su territorio*”,

⁶⁸⁵ 1. Sobrevolar el territorio de un Estado sin aterrizar. 2. Aterrizar por motivos no comerciales (abastecimiento, reparaciones u otras escalas técnicas, **caso de rescates** de heridos, amigos y naufragos). 3. Desembarque de tripulación, pasajero, mercancía y correo en el territorio de la matrícula de la aeronave. 4. Embarque en esas mismas condiciones. 5. Embarque y desembarque en Estado distinto al de la matrícula de la aeronave.

⁶⁸⁶ Ese reconocimiento como postulado básico no ha impedido destacar las importantes repercusiones que al menos en nuestro ámbito geográfico más cercano se derivan de una política común en materias como la de transporte aéreo (de la Comunidad Europea), la de medio ambiente (intracomunitario), y de la Defensa Nacional (para los tres Ejércitos).

⁶⁸⁷ Vid. Anexo I.

⁶⁸⁸ Vid. Anexo I.

⁶⁸⁹ ¿Se podría deducir del término “aeronave” en cuanto que es el espacio aéreo comprendido hasta donde un aparato de vuelo puede sustentarse en la atmósfera merced a las reacciones del aire?, ¿Podrían servir al respecto los criterios “marítimos” de “líneas de base rectas” según la zona sobrevolada fuera rural o urbana, medioambiental o no protegida?, ¿se contemplan tales posibilidades en las diferentes rutas del tráfico aéreo?, ¿tienen todas ellas una delimitación vertical homogénea?, ¿se tienen aquí también en cuenta los criterios jurisprudenciales del principio de equidad, en su caso, y de equidistancia?, etc.

⁶⁹⁰ Tampoco lo hace el Tratado de 1967 sobre los principios que han de regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluidos la Luna y otros cuerpos celestes.

mientras que por Derecho Marítimo, a través del *Convenio sobre mar territorial y zona contigua de 1958 y el nuevo Convenio sobre el derecho del Mar de 1982* (art.2), siguiendo la misma pauta, afirman asimismo que la soberanía del estado ribereño “*se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial [...]*”.

XXI.III. El régimen especial de las “aeronaves de estado”, con especial referencia a las militares

El régimen común propio de la Convención de *Chicago* estipula que una aeronave de vuelo internacional *no regular* puede penetrar sobre el territorio de cualquier Parte Contratante sin recabar autorización o sobrevolarlo sin escalas, pero si el vuelo es *regular*, habida cuenta los intereses comerciales y económicos en juego, sí la necesita. Por lo que se refiere a ciertas aeronaves de Estado, *entre las que están las militares, las de policía y de aduanas*, desde luego que esa autorización también la necesitan, debiéndose recordar a este respecto que ya el Tribunal Internacional de Justicia en 1986 condenó⁶⁹¹ a los EE.UU por haber permitido vuelos no autorizados sobre el territorio de *Nicaragua*. Pero del conjunto de las obligaciones estatales propias de la lucha contra el terrorismo, podemos sobreentender que también hay un régimen especial que exceptúa al anterior, de tal suerte que el problema a solucionar con él es el siguiente: si la operación internacional y militar llevada a cabo con una aeronave de tal clase es ya la propia de la lucha antiterrorista internacional, a veces puede ocurrir que *al menos el Estado donde deba de llevarse a cabo dicha operación esté incumpliendo o no pueda cumplir con una obligación estatal previa, es decir, que la falta o incapacidad de su cooperación en la lucha antiterrorista venga en todo caso demostrada por la presencia de terroristas debidamente acreditados en su territorio*. Lógicamente, para que tal operación pueda tener éxito, habida tales circunstancias, y como en el caso del *ius in bello*, será necesario y legítimo que tanto su planificación, preparación y ejecución deban de tener el mínimo sigilo, secreto y confidencia precisos como para que la operación no se vaya al traste. Entendemos, pues, que la excepcional dispensa a un Estado o a una Organización Internacional de comunicar a ese Estado el tener que llevarla a cabo *se trataría de un estado de necesidad propio del imperativo militar de tal clase de operación no sólo ya de índole estatal en cuanto que su beneficio lo es también de toda la Comunidad Internacional*, no resultando aquí tampoco propicia la intervención *previa* del Consejo de Seguridad para llevarla a cabo por cuanto que resulta obvio que, incluso si se interpretara sólo como una acción de legítima defensa de un Estado contra otro, su intervención en todo caso sería *a posteriori* y limitada a la puesta de manifiesto o comunicación esperada de la operación en todo caso ya efectuada. Basamos esta postura acudiendo al art.89 del Convenio de Chicago, según el cual:

⁶⁹¹ Sentencia en el *asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (C.I.J., Rec.1986: pp. 212, 251 y 292).

“En caso de guerra, las disposiciones del presente Convenio no afectarán la libertad de acción de los Estados contratantes afectados, ya sean beligerantes o neutrales. El mismo principio se aplicará cuando un Estado contratante declare estado de emergencia nacional y lo comunique al Consejo”, significando que de su simple lectura no estipula el momento en que debe hacerse la comunicación referida, por lo que cabría –según defendemos- hacerla con posterioridad a la operación. Una razón más para considerar la defensa de ese régimen especial sería la siguiente observación: Que asimismo, y *dentro del contexto operativo de unas reglas aeronáuticas propias y específicas de enfrentamiento* (o “*empeñamiento*” en Hispanoamérica) en tiempo de paz (lo que parece plausible pero inaudito), elevadas como tales a rango de Convenio Internacional, cuarenta años más tarde (1984) la Asamblea de la Organización de Aviación Civil (en adelante, OACI) modificó el *Convenio de Chicago de 1944* introduciendo el art.3.bis nuevo⁶⁹². Esta norma, en cuanto que se refiere incluso *a tiempo de paz*, habla de aeronave *civil* (que no la militar), y que tiene como finalidad la salvaguarda de peligros para la Seguridad, **entre ellos el terrorista**, reconoce que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, tienen derecho a exigir el aterrizaje en el aeropuerto que se designe *de una aeronave civil* que sobrevuele su territorio sin autorización o si existieran bases razonables para concluir que está siendo utilizada para cualquier propósito incompatible con los objetivos de dicha Convención, *debiendo, con todo, abstenerse de recurrir al uso de las armas contra aeronaves civiles en vuelo y, en caso de interceptación, no poniendo en peligro las vidas de las personas a bordo ni la seguridad de la aeronave.*

⁶⁹² **Artículo 3 bis.- a)** Los Estados contratantes reconocen que todo Estado debe abstenerse de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo y que, en caso de interceptación, no debe ponerse en peligro la vida de los ocupantes de las aeronaves ni de la seguridad de éstas. La presente disposición no se interpretará en el sentido de que modifica en modo alguno los derechos y las obligaciones de los Estados estipulados en la Carta de las Naciones Unidas.**b)** Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene derecho, en el ejercicio de su soberanía, a exigir el aterrizaje en un aeropuerto designado de una aeronave civil que sobrevuele su territorio sin estar facultada para ello, o si tiene motivos razonables para llegar a la conclusión de que se utiliza para propósitos incompatibles con los fines del presente Convenio; asimismo puede dar a dicha aeronave toda otra instrucción necesaria para poner fin a este acto de violación. A tales efectos, los Estados contratantes podrán recurrir a todos los medios apropiados compatibles con los preceptos pertinentes del Derecho Internacional, comprendidas las disposiciones pertinentes del presente Convenio y, específicamente, con el párrafo a) del presente artículo. Cada Estado contratante conviene en publicar sus reglamentos vigentes en materia de interceptación de aeronaves civiles.**c)** Toda aeronave civil **acatará** una orden dada de conformidad con el párrafo b) del presente artículo. A este fin, cada Estado contratante incorporará en su legislación o reglamentación todas las disposiciones necesarias para que toda aeronave civil matriculada en él o explotada por un explotador cuya oficina principal o residencia permanente se encuentre en su territorio, tenga la **obligación** de acatar dicha orden. Cada Estado contratante tomará las disposiciones necesarias para que toda violación de esas leyes o reglamentos aplicables se castigue con sanciones severas, y someterá el caso a sus autoridades competentes de conformidad con las leyes nacionales.**d)** Cada Estado contratante **tomará medidas** apropiadas *para prohibir el uso deliberado de aeronaves civiles* matriculadas en dicho Estado o explotadas por un explotador que tenga su oficina principal o su residencia permanente de dicho Estado, *para cualquier propósito incompatible con los fines del presente Convenio.* Esta disposición no afectará al párrafo a) ni derogará los párrafos b) y c) del presente artículo.

¿Regiría hoy esta norma nueva tras el 11-S?, ¿Cabe aquí la cláusula *rebus sic stantibus a raíz de tal fecha*? Téngase en cuenta que la explicación de aquella modificación convencional (por la vía de la introducción en su Texto del nuevo precepto referido) fue también el resultado en la realidad internacional de una lección aprendida: el derribo de una aeronave de Corea del Sur el día 1 de septiembre de 1983 por un caza soviético cuando aquélla sobrevoló sin autorización el espacio aéreo de la antigua Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS). Por tanto, habida cuenta *la nueva lección aprendida del 11-S*, más moderna aún, *a la pregunta realizada creemos que su contestación es afirmativa* porque hay que tener dos datos:

- Que según el propio Texto de esa Convención, en una interpretación sistemática con respecto del art.4⁶⁹³ siguiente, no puede utilizarse la aviación civil “*para propósitos incompatibles con sus fines*”.
- Que, como ya aludimos en anterior ocasión, en el Derecho de gentes también existe una presunción: *la presunción "iuris tantum" –al menos hecha valer en el Derecho de la Guerra-, según la cual las aeronaves que vuelen el territorio de un Estado beligerante sin previo aviso (como es el caso de un apoderamiento ilícito) presentan un indudable carácter militar* y, por tanto, en ese contexto⁶⁹⁴ pueden ya ser atacadas. Esta presunción era uno de los fundamentos por los que cabe a nuestro juicio que esa aeronave también pueda ser jurisdiccional y no sólo aeronáuticamente "interceptada". Pero también puede llegar a justificar casos extremos de derribo de aeronave como la que en virtud de aquella presunción sufrió el avión *coreano* citado de 1983 y el *Vincennes* de 1988. *Por analogía con el Derecho de la guerra*, no es descabellado pensar que a partir del 11-S pueda ser aplicable en un caso extremo *para los supuestos de la lucha antiterrorista* si hay más que una sospecha fundada de un vuelo regular con tal fin. Para caso tan límite como extremo, en *España* nuestra propia Ley de Defensa Nacional, en su

⁶⁹³ **Artículo 4. Uso indebido de la aviación civil.-** Cada Estado contratante conviene en no emplear la aviación civil **para propósitos incompatibles con los fines del presente Convenio**.

⁶⁹⁴ Entendemos que ese podrían ser los casos *notorios* del derribo de un avión **civil** ucraniano por baterías pro-rusas antiaéreas en 2014 con motivo de *la crisis Ucraniana* y de la invasión rusa a la península de *Crimea*, así como del derribo con muerte del piloto de un **caza** ruso Su-34 por dos F-16 de *Turquía* en la frontera turco siria en un ataque aire-aire de Noviembre de 2015, una semana posterior a los atentados de *París* y **que constituye el incidente más importante entre un miembro de la Organización del Tratado Atlántico Norte (en adelante, OTAN) y Rusia desde hace más de medio siglo**. De hecho, el Secretario General de la OTAN, *Jens Stontelberg*, ha defendido a *Turquía* en ese incidente manifestando que tiene el derecho de defender su espacio aéreo dando por cierto la versión turca de que el caza ruso cruzó la frontera turca y aunque aquel piloto supuestamente muriera por disparos de milicianos turcomanos *de Siria* mientras descendía en paracaídas, hecho este último que si reúne ya los visos de calificarse como crimen de guerra. Vid., verbi gracia (v.g), el ABC de Martes 1 de diciembre del 2015 (“*La OTAN resplada a Turquía tras el derribo del caza ruso*”, *Sección de Internacional*,p.33).

exposición de motivos y en los trabajos preparatorios para su confección (a la vista de los sucesos del 11-S) se debatió que tal responsabilidad (de dar una orden de derribo) sería ya al más alto nivel (Presidente del Gobierno).

XXI.IV. El establecimiento de “zonas prohibidas”

Por razones de seguridad pública o de necesidad militar, en términos dispuestos por el **art.9** de la **Convención de Chicago**, cada Estado contratante puede restringir o prohibir *uniformemente* los vuelos de aeronaves extranjeras sobre ciertas zonas de su territorio (Zonas prohibidas) *siempre que su estorbo a la navegación aérea no sea innecesario, estatalmente discriminatorio, y, asimismo, debidamente avisado a la OACI. Son los mismos requerimientos de justificación jurídica tenidos en cuenta como para que, según la legislación internacional marítima (arts.17 y 52 de la Convención del Mar)⁶⁹⁵, y a diferencia de los buques, las aeronaves no tengan un “derecho de paso inocente” por ningún mar territorial de cualquier Estado, así como por las aguas archipelágicas de un Estado de tal clase (el *Indonesia*, por ejemplo, y no de un archipiélago de Estado, como en *España con Canarias*). El derecho de la aeronave sobre tales zonas marítimas, pues, será sólo el de “tránsito”, es decir, en su caso navegará y sobrevolará libremente sólo para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido (art.38 de la *Convención del Mar*)⁶⁹⁶.*

⁶⁹⁵ Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en *Montego Bay* el 10 de diciembre de 1982. BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997. Artículo 17. Derecho de paso inocente. *Con sujeción a esta Convención, los buques de todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan del derecho de paso inocente a través del mar territorial.* Artículo 52. Derecho de paso inocente. 1. *Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 53, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, los buques de todos los Estados gozan del derecho de paso inocente a través de las aguas archipelágicas, de conformidad con la sección 3 de la Parte II.* 2. *Los Estados archipelágicos podrán, sin discriminar de hecho o de derecho entre buques extranjeros, suspender temporalmente en determinadas áreas de sus aguas archipelágicas el paso inocente de buques extranjeros, si dicha suspensión fuere indispensable para la protección de su seguridad. Tal suspensión solo tendrá efecto después de publicada en debida forma.*

⁶⁹⁶ **Artículo 38. Derecho de paso en tránsito.** 1. *En los estrechos a que se refiere el artículo 37, todos los buques y aeronaves gozarán del derecho de paso en tránsito, que no será obstaculizado; no obstante, no regirá ese derecho cuando el estrecho esté formado por una isla de un Estado ribereño de ese estrecho y su territorio continental, y del otro lado de la isla exista una ruta de alta mar o que atraviese una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a sus características hidrográficas y de navegación.* 2. *Se entenderá por paso en tránsito el ejercicio, de conformidad con esta Parte, de la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva. Sin embargo, el requisito de tránsito rápido e ininterrumpido no impedirá el paso por el estrecho para entrar en un Estado ribereño del estrecho, para salir de dicho Estado o para regresar de él, con sujeción a las condiciones que regulen la entrada a ese Estado.* 3. *Toda actividad que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito por un estrecho quedará sujeta a las demás disposiciones aplicables de esta Convención.*

XXI.V. La repercusión de actos terroristas aeronáuticos en la normativa a nivel internacional

Anteriormente hemos puesto como ejemplo el caso traumático del 11-S. La Historia, sin embargo, ya antes puso de manifiesto que la propia navegación marítima y la aviación civil estaba siendo objeto de ataques: bien por personas a bordo de aeronaves, bien dirigiendo sus ataques a instalaciones o los servicios de navegación. Así los casos que con anterioridad expusimos del *Achille Lauro* (en aguas mediterráneas) o el famoso de *Lockerbie* (*Escocia*). Con el fin de prevenir y sancionarlos la *Comunidad Internacional* se ha dotado de Instrumentos jurídicos entre los que destacan tres auspiciados por la OACI: el Convenio⁶⁹⁷ de Tokyo, de 14 de septiembre de 1963 *sobre infracciones y actos cometidos a bordo de aeronaves*; el Convenio⁶⁹⁸ de la Haya, de 16 de diciembre de 1970, *sobre represión de apoderamiento ilícito de aeronaves*; y el Convenio de Montreal⁶⁹⁹, de 23 de septiembre de 1971, *sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*. Junto a estos instrumentos a cuya lectura nos remitimos para saber los delitos que tipifican, las obligaciones estatales en torno a tal labor y las penas severas que deben de conllevar, la jurisdicción competente, y la posibilidad de extradición en torno al principio latino *aut dedere aut iudicare* (juzga o extradita), también el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha condenado todos los actos de injerencia ilícita cometidos contra la seguridad de la aviación civil, exhortando en la Resolución 635 (1989, de 14 de Junio) a todos los Estados a que cooperen en la elaboración y aplicación de las medidas para prevenir los actos de terrorismo en tanto en cuanto son considerados expresamente como una amenaza a la Paz y Seguridad Internacionales. *El problema que ha conllevado, además, el 11-S es que la seguridad en tierra y a bordo ya no se puede confiar tan sólo a la discreción de las autoridades locales o nacionales, por lo que dada la naturaleza global del transporte aéreo y la eficacia de las medidas de seguridad en torno al mismo tiene necesariamente que ser coordinada internacionalmente a través de las directrices, sobre todo, de la OACI. A través de una ley preconstitucional y anterior a toda esta normativa internacional, hoy en vigor, cual es la Ley 48/1960, de 21 de Julio, de la Navegación Aérea, el Gobierno español podrá no sólo “fijar las zonas en que se prohíba o restrinja el tránsito de aeronaves sobre territorio español, los canales de entrada y salida en el mismo, y los aeropuertos aduaneros”, sino también “suspender total o parcialmente las actividades aéreas en su territorio por causas graves”, y esto, al poner en relación el art.3 con el art.146 del citado Texto legal, implica que “toda aeronave seguirá en su vuelo los canales o zonas de navegación que les sean impuestos y respetará las zonas”, de*

⁶⁹⁷ Vid. Anexo I.

⁶⁹⁸ Vid. Anexo I.

⁶⁹⁹ Vid. Anexo I. El 24 de febrero de 1988 se adoptó, además, el Protocolo de *Montreal* para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional.

forma que según el art.147 cualquier aeronave en vuelo dentro del espacio aéreo español queda obligada “a aterrizar en el aeropuerto que se le indique por la autoridad que vigile la circulación aérea, así como a variar la ruta primitivamente elegida a requerimiento de dicha autoridad”. Completan esta normativa las disposiciones de ejecución necesarias para la aplicación de las normas comunitarias, es decir, los códigos y decisiones de la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (Eurocontrol) y de las Autoridades Aeronáuticas Conjuntas en cuanto organismo asociado a la Conferencia Europea de Aviación Civil (en adelante, CEAC). En este sentido, frente al régimen de acuerdos bilaterales de la regulación de la aviación comercial, la Comunidad Europea ha liberalizado y desregulado el transporte aéreo para garantizar la libre prestación de servicios en todo su territorio comunitario. Así el Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24.IX.08 *sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la comunidad*. Por otro lado, ha creado⁷⁰⁰ el “Cielo único Europeo” que justifica medidas legislativas como las del Reglamento marco por el que se refuerzan las medidas de seguridad actuales y se buscan, entre otros objetivos, reducir retrasos al máximo. Tal es su importancia que a raíz de las Sentencias de 5 de noviembre del 2002 del Tribunal de las Comunidades, cuando de las relaciones bilaterales entre Estados comunitarios y terceros países se trata, la competencia para negociar, firmar y celebrar tal clase de acuerdos es exclusiva⁷⁰¹ de la Comunidad⁷⁰².

XXI.VI. El uso de los “drones”

XXI.VI.1. Su etimología y actualidad

“Drones” es la palabra en inglés con la que se denomina a los “zánganos” y, ahora, también a los aviones sin piloto, teledirigidos por seres humanos. Se están

⁷⁰⁰ Reglamento (CE) nº 549/2004, de 10 de marzo del 2004.

⁷⁰¹ De ahí que surgiera posteriormente el Reglamento (CE) nº 847/2004, de 29 de abril, sobre negociación y aplicación de acuerdos de servicios de transporte aéreo entre Estados y terceros países, que garantiza la compatibilidad de tales acuerdos con el ordenamiento comunitario.

⁷⁰² Pero hoy vemos como medidas de seguridad tan extremas como las que algunas de ellas han venido a llamarse estrambóticamente (el “porno-scanner”) en aeropuertos son también producto de las instituciones de las Comunidades europeas a raíz del 11-S, entre las cuales destacamos las que procederían del Reglamento (CE) 300/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11.03.08 *sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil* (y por el que se deroga el Reglamento (CE) 2320/2002 que ya trataba en sí del control de acceso a zonas restringidas de seguridad, de control y protección de pasajeros, equipajes de mano, equipajes de bodega, de carga y correo, de no llevar armas a bordo de una aeronave, etc.), a su vez complementado por el Reglamento CE nº 820/2008, de 8 de agosto del 2008, de la Comisión, *por el que se establecen medidas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea* y donde se enumeran cuáles son los artículos prohibidos en vuelo y zonas restringidas para los pasajeros, así como la previsión de planes concretos estatales de seguridad, auditorías e inspecciones periódicas.

convirtiéndolo en algo cotidiano⁷⁰³, pero también para el bombardeo⁷⁰⁴ en la guerra o para el control de fronteras⁷⁰⁵ propia de la lucha contraterrorista. EE.UU comenzó a utilizarlos para realizar ataques en *Pakistán* en el año 2004. Actualmente tiene al menos una base⁷⁰⁶ para ese tipo de aparatos en *Arabia Saudí*.

XXI.VI.2. Los problemas legales

Sin embargo, su explosión plantea dos problemas. Primero, *el de la seguridad*: una cosa es volar esos ingenios en situaciones más o menos excepcionales y otra muy diferente todos los días, incluso en tiempo de paz, cuando el espacio aéreo de una ciudad está ya de por sí congestionado. Los aparatos no deberían abandonar el espacio aéreo de la zona previamente delimitada sobre la que tienen que actuar y no violar tampoco las leyes de protección de datos, de forma que cuando sus cámaras actúen como prueba, por ejemplo, de recogida de testimonios vandálicos, puedan usarse debidamente en los procesos judiciales contra los detenidos que los han ocasionado y registrando exactamente las coordenadas geográficas del lugar donde hayan tenido lugar. Además, los *drones* militares ya han estado a punto de ocasionar alguna tragedia. En *las Seychelles*, por ejemplo, han estado a punto de chocar con aviones de pasajeros en varias ocasiones, de forma que volar sin restricciones puede provocar problemas muy serios porque muchos de esos aparatos son minúsculos y, además, por evadir gracias a ello cualquier radar son muy idóneos para espiar. Y relacionado, por cierto, con esto último está precisamente otro factor de una implicación más profunda cual es, en

⁷⁰³ La proliferación de artilugios, incluso espía, capaces de ver en la oscuridad revoloteando en plena ciudad parece propia de una distopía de ciencia ficción hecha realidad. El semivicio legal inquieta a las organizaciones de derechos civiles, que recuerdan que la ley alemana obliga a que los *drones* civiles estén siempre dentro del campo de visión del piloto y no vuelen por encima de los cien metros. Fuera de un uso bélico posible se suelen utilizar por ejemplo, en *Alemania*, para supervisar zonas catastróficas o incendios, pero también manifestaciones y estadios de fútbol; su uso puede alcanzar hasta como fines de servicio postal (en *Francia*), de seguimiento de cachalotes, pingüinos y focas leopardo (en *Nueva Zelanda*); por la *National Aeronautics and Space Administration* (en adelante, NASA) en investigaciones meteorológicas (huracanes) y, por fin, y como consecuencia de los avances del mundo de la robótica y de las telecomunicaciones.

⁷⁰⁴ Vid Anexo I.

⁷⁰⁵ Caso de *Argelia* y *Marruecos*. Vid. El País de 26 de enero del 2014, Sección Internacional, p.7.: “*Los drones surcan los cielos del Magreb en busca de terroristas*”. También *Francia* en sus antiguas colonias de la franja del *Sahel* amenazadas por el terrorismo. Otean *Níger*, *Mali* y *Fezzan* (Sur de *Libia*) para recabar inteligencia. Asimismo, en *Iraq*, con ayuda norteamericana (El País de 08 de enero del 2014, sección Internacional, p.2.: “*EE.UU envía drones para ayudar a Irak*”): la revuelta suní de Enero del 2014 que ha amenazado con desatar una guerra civil, y donde ha tomado especial protagonismo el estado islámico de *Iraq* y *Siria* (ISIS, según sus siglas en inglés), un grupo yihadista en el que militan numerosos extranjeros, procedentes de lugares que abarcan desde *Chechenia* a *Yemen*, lucha abiertamente contra el régimen sirio de *Bachar Al Asad* y el Gobierno de *Al Maliki* desde comienzo del 2014. La revuelta suní de *Al Anbar* es la primera gran prueba de fuego a la que se somete el Ejército iraquí, entrenado y armado a un elevado precio por el Pentágono. La negativa del Gobierno de *Al Maliki* de prometer inmunidad a las tropas norteamericanas impidió que quedara en *Iraq* una presencia, aunque fuera testimonial, de ellas, que ahora podría apoyar a aquel débil Gobierno en su intención de recuperar el control de la zona, pero enviando remesas de misiles *Hellfire* y drones *Scan Eagle* y *Raven*.

⁷⁰⁶ Vid Anexo I.

segundo lugar, su choque con el derecho de privacidad. Los drones son prácticamente indetectables, minúsculos y del tamaño de un pájaro, de tal suerte que no es de extrañar que una de las opciones que se barajaron en su día para matar a *Bin Laden* fue usar un avión teledirigido (que es en realidad un rifle volante controlado por un francotirador a miles de kilómetros de distancia). De hecho, su uso en ciertos países ha sido notorio y ha abierto el debate. Con ocasión del mismo *Obama* se ha enfrentado por primera vez públicamente a la contradicción de que un Presidente que prohibió la tortura, las detenciones forzosas y las cárceles secretas y que criticó el uso de esos métodos durante la anterior Administración *Bush*, defiende ahora las muertes de personas, incluidos norteamericanos, sin acusación ni juicio previo. Pero “*la guerra contra el terrorismo*” está legalmente amparada por la Ley⁷⁰⁷ de Autorización del Uso de la Fuerza Militar, aprobada inmediatamente después del 11-S y que da al Presidente poderes prácticamente ilimitados para actuar contra cualquier amenaza a la seguridad de EE.UU en cualquier punto del planeta. Esa es la ley que, junto con la creación de la cárcel de *Guantánamo*, da cobertura legal al uso indiscriminado de los *drones*. Son las dos reminiscencias más evidentes de la guerra global contra el terrorismo iniciada por *Bush*, guerra que ha creado una estructura militar y unas prioridades de defensa que no son fáciles de cambiar de la noche a la mañana. Otra cosa es que se pueda corregir el rumbo, toda vez que se trata de una guerra que tarde o temprano tendrá que acabar a menos que ella misma acabe por destruir el sistema democrático que pretende defender. Aunque la CIA ha llevado a cabo más de

⁷⁰⁷ Esta Ley (AUMF) fue firmada el 14 de septiembre del 2001, tres días después de los atentados. Este decreto permitía “*utilizar todas las fuerzas necesarias y apropiadas contra aquellas naciones, organizaciones, o personas que él determine que hayan planeado, autorizado, cometido o coadyuvado a los ataques terroristas...o que alberguen dichas organizaciones o personas.*” Aunque es sabido que después *Obama* ha pretendido involucrar al Congreso y al pueblo americano en un esfuerzo para redefinir y revocar el mandato de la AUMF, pues ha llegado a anunciar que vetará cualquier ley que “*contribuya a extender ese mandato*”, su intención manifestada el 24 de Mayo del 2013, en su tercer gran discurso sobre política exterior de su mandato, y después del que realizó en la Universidad de *El Cairo* y tras el de la recepción del Premio Nobel de la Paz, es que “*más allá de Afganistán, debemos definir nuestros esfuerzos no como una guerra global contra el terrorismo sin destino, sino una serie de esfuerzos persistentes, orientados a desmantelar las redes de extremistas violentas que amenazan América*”, con lo que rebaja el objetivo de la doctrina *Bush* para fijarse solo en los sospechosos de terrorismo que supongan “*una amenaza continua e inminente al pueblo americano*”. Acepta, pues, que haya que renunciar al utópico de erradicar por completo el terrorismo y asume que no se pueda seguir una política maximalista. Esto repercute en que los *drones* son armas de precisión y ello le permite exigir, como comandante en jefe, que se utilicen contra los terroristas cuando exista la casi total seguridad de que en la operación no muere un civil no implicado en el conflicto. Véase al respecto La Gaceta del sábado 25 de Mayo del 2013, pp. 17 y 18, Sección Internacional, con la noticia titulada “*Obama abandona la doctrina Bush*”, noticia que la realidad de la práctica, hoy por hoy, desmiente, si por ejemplo también se sabe que después de una semana de decir que limitaría los ataques con aviones no tripulados (en lugares como *Pakistán*) *Obama*, sin embargo, aprobó un ataque del día 29 de Mayo del 2013 cobrándose la vida de al menos siete personas, entre ellas el talibán *Waliur Rheman*, que estaba detrás de decenas de atentados suicidas contra civiles y contra las tropas estadounidenses en *Afganistán*, si bien se trata de un ataque que no fue confirmado por la Casa Blanca, cuyos responsables suelen guardar silencio sobre las operaciones antiterroristas de la CIA en lugares como *Pakistán*.

trecientos ataques con *drones* en *Pakistán* desde el año 2004 actualmente la cifra se ha desplomado por el escrutinio creciente de la opinión pública estadounidense y por la oposición de los políticos de *Islamabad*, indignados por la muerte de civiles y por la violación de su soberanía nacional, aunque ello no impide que al mismo tiempo el Gobierno *pakistaní* se pueda alegrar en alguna ocasión por algún tipo determinado de operación (por ser su objetivo alguno de los islamistas más peligrosos del país, como fue el caso de *Waliur Rheman* y su muerte el pasado día 29 de Mayo del 2013). La **ONU**, más tajante, a través de un informe del que se tiene noticia en prensa⁷⁰⁸, concluye que los ataques en territorio *pakistaní* con esta arma violan su soberanía y provocan frecuentes víctimas civiles. Esa campaña “*implica el uso de la fuerza en el territorio de otro Estado sin su consentimiento*” y constituyen, pues, una violación de la soberanía del Estado *pakistaní*. Frente a los rumores del consentimiento tácito de este último país la ONU asegura haber recibido garantías del Gobierno de *Islamabad* de que no existe ningún tipo de prueba de que se haya dado semejante consentimiento tras examinar a conciencia los archivos oficiales. El representante de la ONU en derechos humanos y Antiterrorismo, *Ben Emmerson*, ha comprobado que “*el Ministerio de Asuntos Exteriores ha mandado notas verbales a la Embajada de los EE.UU en protesta por el uso de drones*”, y que le exigen el “*cese inmediato de esos ataques*”. No obstante, días más tarde, una noticia⁷⁰⁹ pública sí puso de manifiesto que el ex presidente paquistaní *Pervez Musharraf* ha llegado a reconocer que su Gobierno autorizó en secreto a EE.UU llevar a cabo ataques con aviones no tripulados en su territorio. Su Gobierno autorizó los bombardeos “*sólo en algunas ocasiones, cuando el objetivo estaba absolutamente aislado y no había posibilidad de daños colaterales*”. A la CNN indicó que uno de los abatidos de este tipo de ataques fue *Nek Mohamed*, en Junio del 2004, un líder tribal acusado de dar cobijo a milicianos de *Al Qaeda* en la frontera occidental de *Pakistán*. Según **un Tribunal federal norteamericano de apelaciones** el 15 de Marzo del 2013 decidió que el Gobierno de *Barack Obama* carece de justificación para mantener en secreto los ataques con aviones sin tripulación y le exigió dar detallada respuesta a una demanda interpuesta solicitando información. En tal sentido **el Fiscal General**, *Eric Holder*,

⁷⁰⁸ Véase el periódico La Gaceta del sábado 16 de marzo del 2013, p. 18, Sección internacional, con la noticia de que “*Los drones de EE.UU violan la soberanía de Pakistán*”, en columna derecha.

⁷⁰⁹ Véase el periódico La Gaceta del sábado 18 de abril del 2013, Sección Internacional, p.32, según la cual “*Musharraf autorizó a EE.UU a usar drones*”. Por su parte, la gravedad de su uso violando fronteras la puso de manifiesto *Natanyahu* con motivo del conflicto de *Siria*, tensionándolo e incluso internacionalizándolo, cuando el día 25 de abril del 2013 corroboró que su fuerza aérea derribó un *dron* que, según *Tel Aviv*, fue enviado por el partido libanés *Hizbolá*. Era el segundo incidente similar, siendo el primero en octubre del 2012, pero de hecho también *Beirut* ha denunciado en incontables ocasiones las miles de violaciones de su espacio aéreo que ha protagonizado la aviación de *Israel* desde hace años, que infringe la Resolución de Naciones Unidas que puso fin a la guerra del año 2006. De hecho, más tarde, según El periódico El Mundo del domingo 5 de mayo de 2013, Sección Mundo, p.27, “*Israel ataca Siria para abortar un envío de misiles*”, pudiéndose considerar una represalia aún no replicada por el régimen Sirio de aquel ataque.

según consta⁷¹⁰ en informaciones públicas, mantuvo que se trata de un arma nueva que está siendo utilizada sobre todo con el fin de demostrar la fuerza de los EE.UU en el exterior, *finalidad de la que pudiera pensarse que cabe su abuso si se tiene en cuenta, además, que el Presidente no está autorizado a usar esa arma para matar a ciudadanos norteamericanos dentro del territorio de los EE.UU.* No obstante, *sí que hay un documento⁷¹¹ del Departamento de Justicia que sienta las bases legales necesarias para su uso fuera de las fronteras de ese país y que, sin embargo, según sus críticos, entienden que el programa de “drones” justifica y continúa los métodos de la guerra contra el terrorismo ya puesta en marcha por el Gobierno de Bush -incluso en el contexto del secretismo de las propias operaciones con ellos llevadas a cabo-. Dicho de otra forma: el Gobierno de los EE.UU, según ese documento secreto y oficial, tiene “licencia para matar”.* Según ha filtrado la prensa⁷¹² recurrir a los *drones* para matar terroristas nacionales es “*consistente con el derecho a la autodefensa*” cuando según el Gobierno el objetivo supone “*una amenaza de ataque violento inminente*”, si bien, el peligro de un uso indiscriminado bajo tal pretexto puede considerarse una amenaza inminente cualquier cosa pues para que los funcionarios del Gobierno la consideren como tal, según dice ese documento, “*no es necesario que los EE.UU tengan una clara evidencia de que va a tener lugar un ataque específico contra las personas o los intereses de los EE.UU en un futuro inmediato*”. Lo relevante, pues, es que según un funcionario de alto nivel del Gobierno norteamericano determine que aquel ciudadano americano que ahora esté en el punto de mira ha participado en actividades que pudieran ser un riesgo para el país “*y que no haya evidencia que sugiera que ha renunciado a tales actividades*”⁷¹³.

⁷¹⁰ Véase el periódico El País del domingo 17 de marzo del 2013, p.2, Sección Internacional, sobre “*la guerra teledirigida*” y con el título “*El arma secreta se vuelve contra Obama*”.

⁷¹¹ En el periódico El País del miércoles 6 de febrero de 2013, p.5, Sección Internacional, se da cuenta del mismo al decir que la oficina legal de la Casa Blanca ha establecido que no es contrario a la ley matar a un ciudadano estadounidense en el extranjero “si un alto cargo del Gobierno” asegura que el objetivo a batir es una figura de *Al Qaeda* que supone “una amenaza inminente de ataque contra EE.UU” y su captura no es posible, es decir, se trata de una licencia para matar que el día 5 de febrero del 2013 quedaba expuesta por primera vez a la luz pública después de que la cadena NBC obtuviera el documento clasificado de dieciséis páginas del departamento de Justicia que asegura que no viola ni la Constitución ni los derechos de los ciudadanos. En el memorando se acuña el concepto de “*ataque inminente*” y se concede al Gobierno que no deba tener pruebas concretas de una conspiración, ya que los líderes de *Al Qaeda* al frente de las operaciones terroristas están planeando ataques de forma continuada contra EE.UU. El documento se redactó meses antes del ataque que mató a *Al Alkawi*, matanza que según diversas organizaciones de los derechos humanos de EE.UU ha sido calificada como ejecución extrajudicial y por ello presentaron querrelas contra el Gobierno exigiendo saber cuáles habían sido los fundamentos jurídicos de aquella acción. *Al Awlaki*, según dichas organizaciones, era un ciudadano norteamericano por mucho que predicara la yihad y se refugiase en *Yemen*, lo que le hacía sujeto de derecho a una detención, proceso y juicio justo con una condena apelable.

⁷¹² Vid. Diario La Gaceta, reportaje de Época, pp.6 y 7, del domingo día 17 de marzo de 2013.

⁷¹³ Por tanto, el informe legal cumple el expediente de dar una cobertura legal al atentado contra los propios ciudadanos en nombre de la lucha antiterrorista, pero *no es un razonamiento brillante* porque solo se ha sabido de él cuando ha desaparecido su secretismo a raíz de su filtración por la cadena de televisión NBC, publicación cuyo revuelo provocado ha dado asimismo lugar a que el

Ante la falta de la responsabilidad propia de la decisión de su uso como consecuencia del secretismo de las operaciones, *al igual que ocurre para casos de espionaje*, hubo una propuesta política según la cual debiera de existir un Tribunal especial que autorizase esa clase de operaciones para asumir la autoridad para conocer y sancionar los ataques con *drones*, pero por el momento es una propuesta que debido a los obstáculos políticos y legales no ha fructificado. Se considera, en suma, que el uso de *drones* son un avance más que un retroceso: pese a las muertes por ello ocasionadas, sobre todo de civiles en *Pakistán* y *Afganistán*, ha mejorado la precisión de los ataques y ha reducido el número total de víctimas inocentes. Minimiza vidas, sobre todo de tropas propias, y el coste político es mínimo. Es decir, los *drones* están sustituyendo a otras armas más letales con la población civil y son mejor controladas que otras por el propio Pentágono, al menos en *Afganistán*, si bien no tanto en *Pakistán* o *Yemen*, lugares estos últimos donde se ha debatido cuáles son los límites de los poderes presidenciales a colación precisamente de la muerte⁷¹⁴ en el año 2011 de un ciudadano norteamericano, *Anwar El Awlaki*, que era uno de los más destacados dirigentes de *Al Qaeda* en *Yemen*, o la del Mulá *Nazir* (jefe talibán)⁷¹⁵ en *Pakistán*. También puede sumarse a esas muertes la de *Jude Mohammed* en noviembre del 2011, que también se trataba de un ciudadano norteamericano, y de la que sólo se tuvo noticia⁷¹⁶ dos años más tarde.

XXI.VI.3. El arma alternativa posible contra el *dron*

Como contrapartida, el último ingenio del pentágono que podría en un futuro contrarrestar esa arma es un cañón láser (LAWS en inglés)⁷¹⁷ capaz de destruirlos a un precio irrisorio y a la velocidad de la luz.

citado Fiscal General del Estado, es decir, el autor del informe que justificaba los asesinatos de ciudadanos estadounidenses en su propio suelo y sin intervención de un juzgado, escribiese una carta a un senador asegurándole que lo que él describía era en términos “*totalmente hipotéticos*” e “*improbable que ocurra*”, pues no era la intención del presidente *Obama* llegar a ese extremo.

⁷¹⁴ Vid. Anexo I.

⁷¹⁵ Vid. ABC del 04 de enero del 2013, p.27, dos días antes fue víctima de los drones en el Oeste de *Pakistán*. Jefe talibán y señor de la guerra, era quien mandaba sobre uno de los grupos más activos contra la presencia de tropas extranjeras en *Afganistán*. Su muerte es de las más importantes logradas por los EE.UU en la región. El vehículo en el que viajaba fue alcanzado por los misiles en la localidad de *Sar Khanda*, en *Waziristán* del Sur, un importante centro del yihadismo. En el momento del bombardeo *Nazir* estaba acompañado por dos importantes lugartenientes (*Ullah* y *Khan*) que también fallecieron en el ataque.

⁷¹⁶ Vid. El País de 23 de mayo del 2013, Sección Internacional, p.8, con el título “*EE.UU admite la muerte de cuatro de sus ciudadanos en ataques de “drones”*”. También El Mundo del mismo día, p.27.

⁷¹⁷ Vid. El Mundo del 10 de abril del 2013, Sección Ciencia, p.52, con la noticia titulada “*cañonazos láser para derribar aviones*”. Tiene como ventaja adicional su autonomía al no estar conectado a la instalación eléctrica del buque que lo alojaría. Es un artefacto que estaría pendiente de instalarse el año 2014 en el buque anfibia *USS Ponce*, cuyo despliegue en el *Golfo Pérsico* está concebido para contener la amenaza del régimen iraní. Su desventaja principal es que solo puede disparar objetivos a la vista, no el oculto entre las olas o más allá del horizonte, de forma que se teme que pudiera derribar por error aviones de pasajeros y siendo su precisión menor en

XXI.VII. La Defensa Nacional en España y las Comunidades Autónomas: los conflictos de competencia en el régimen de los vuelos rasantes de helicópteros

XXI.VII.1. Dificultades que se plantean

Este es ya un apartado que afecta sobre todo operativamente a los vuelos rasantes de helicópteros como el de las FAMET en una zona medio ambiental que se encuentre protegida por una Comunidad autonómica, así por ejemplo la de *Madrid*. Es importante porque para llevar a cabo rescates tiene que haber un lugar idóneo donde prepararlos y, hoy en día, está también el factor ambiental cuya realización no impide resguardar. Hay leyes de tal ámbito, así la Ley 7/1990, de 28 de Junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, de protección de embalses y zonas húmedas⁷¹⁸, donde se califica como *infracción grave* el sobrevuelo rasante o aterrizaje de aeronaves, salvo los autorizados o realizados por motivos de urgencia manifiesta, que haya sido realizado sobre aquellos embalses o humedales que estén expresamente catalogados y de los que, en algún caso, ha sido utilizado por las Fuerzas Aeromóviles del Ejército de Tierra (en adelante, FAMET) para la instrucción de sus helicópteros; instrucción que comprendería maniobras de “*cota baja*” como las anteriormente descritas. El organismo competente -la AIP (Publicación de Información Aeronáutica) de *España*- califica la zona de Embalse como “*zona peligrosa*”, utilizada para la instrucción de helicópteros militares, pero sin establecer ningún tipo de restricción al vuelo.

XXI.VII. 2. La conciliación entre la normativa estatal y autonómica

Teniendo en cuenta la lectura de la normativa⁷¹⁹ aplicable -arts.149.1.4 (Defensa y FAS), 149.1.20 (control de espacio aéreo), y 149.1.23 (legislación básica sobre medio ambiente)- resulta que la Defensa Nacional, las Fuerzas Armadas y el control del espacio aéreo en territorio nacional son constitucionalmente competencia exclusivas del Estado. El Estado tiene también la legislación **básica** sobre medio ambiente, de forma que las Comunidades autónomas (en adelante, CC.AA) pueden desarrollarla (art.27.10 del estatuto autonómico –en adelante los EE.AA- de *Madrid*, por ejemplo y la Ley 7/1990) y

condiciones meteorológicas adversas por la influencia del vapor del agua y otras partículas en suspensión.

⁷¹⁸ BOCM. nº 163, de 11 de julio del 2009.

⁷¹⁹ Convenio sobre Aviación Civil Internacional –Convenio de Chicago-, de 7 de diciembre de 1944; Constitución española de 1978; Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional; Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea; Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea; Estatutos autonómicos; Leyes de su desarrollo, así la Ley 7/1990, de 28 de junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, de protección de embalses (BOCM nº 163, de 11 de julio de 1990); RD-Ley 12/1978, de 27 de abril, de fijación y delimitación de facultades en materia de aviación entre el MINISDEF y el Ministerio de Fomento; RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, y OM de 18 de enero de 1993, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno, sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo (BOED nº 20, de 23 de enero de 1993). Vid. también STC nº 102/1995, de 26 de junio.

ejercer ciertas funciones competenciales (gestión, por ejemplo) siempre que no entre en contradicción con esa legislación *básica* ni con las competencias *exclusivas* estatales sobre las que no pueden desarrollar ninguna función. Por ejemplo, podrá legislar sobre normativa adicional en materia de su protección especialmente cuando las actividades de que se trate afecten a las aguas, espacios naturales, fauna, flora y testimonios culturales. De esta manera cualquier actividad, así la de cualquier helicóptero, de la que se prevea que con ella se pueda afectar al estado natural de las aguas o a sus valores ecológicos o paisajísticos, *sí será necesario obtener una autorización previa de medio ambiente*. No parece que un vuelo rasante sea el caso.

No hay duda que un helicóptero de las FAMET es una “aeronave militar”, de Estado, pero ni el Convenio de *Chicago* ni La Ley de Seguridad Aérea serían aquí de aplicación por cuanto que *se refieren sólo a aeronaves civiles*. Hay Zonas de interés para la Defensa previstas por la Ley de Defensa Nacional, lo que implica que se puedan constituir zonas de seguridad que limiten ciertos derechos. En ese sentido la ley de navegación aérea, que como ya vimos es *preconstitucional*, prevé que el Gobierno central, es la autoridad que puede prohibir o restringir el tránsito aéreo sobre determinadas zonas (así en *Madrid en el Plantío, Palacio Real y Campo del Moro*), de forma que el Ministerio de Defensa, para asegurar la soberanía del espacio aéreo, es el organismo competente para controlar la circulación aérea y su vigilancia, estipulándose en el reglamento de circulación aérea -(art.5.1.1.8) cuando de helicópteros se trata- la posibilidad de restricciones de su uso por razones de Defensa Nacional. A la pregunta de si existe contradicción entre lo dispuesto en la Ley 7/1990 de la Comunidad de *Madrid* y lo previsto por la Publicación de Información Aeronáutica (AIP) de *España* habría, pues, que negar tal observación. En el juego aquí de relaciones entre la normativa estatal y la autonómica podría decirse más bien que no prevalece ninguna sobre la otra: La ley autonómica permite excepciones (“*salvo a los autorizados*”, habiendo además una catalogación de zona medio ambiental prevista al efecto) y, además, no precisa que se trate de aeronaves militares (de Estado), *por lo que de acuerdo con su competencia puede entenderse que el tipo sancionador sólo se está refiriendo a aeronaves civiles*. No entendemos que haya una relación de prevalencia jerárquica entre la Ley y la AIP, sino una relación competencial que implica deslindar los campos donde nos hallamos: el de la Defensa Nacional y del control de los espacios aéreos, cuyas actividades sólo estatales a través de un helicóptero militar de las FAMET deberán respetar el desarrollo autonómico de la legislación básica sobre medio ambiente, todo lo cual es compatible.

A la pregunta de si la aplicación, en su caso, de la Ley 7/1990 afecta a la operatividad de las FAMET y a sus planes de instrucción se observa que La ley autonómica no tiene por qué afectar a la operatividad de las FAMET porque dentro

de la misma se tienen que contemplar necesariamente las exigencias medioambientales de aquélla en la medida en que es desarrollo de una competencia legislativa básica del propio Estado. La autorización de la Agencia de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Madrid las FAMET, por ejemplo, no la necesitarían para seguir utilizando la zona medioambientalmente catalogada para la instrucción de sus helicópteros porque la propia catalogación de la zona ya lo permitiría, de forma que si no se entendiera así entendemos que en cualquier caso la actividad de que se trata, vuelos rasantes, no afectaría a la competencia de la agencia de medio ambiente de la comunidad autónoma y, por tanto, tampoco habría motivo para suspender ningún vuelo. Por último, *a la pregunta de si la Comunidad Autónoma de Madrid podría, con carácter general, establecer prohibiciones, restricciones o limitaciones al vuelo en el espacio aéreo* la respuesta es que no podría con carácter general. No tendría competencia. Por motivos ecológicos o de protección medioambiental sí cuando la actividad de que se trate entre dentro de los daños que en tal sentido se pudiera prever. Aquí no lo consideramos factible. En suma: La problemática que hemos planteado a través de ese supuesto con un helicóptero de las FAMET trata básicamente de la delimitación de competencias internas entre los órganos del propio Estado según se halla territorialmente estructurado.

XXI.VII.3. El caso especial de la isla del Perejil

*Esta problemática podría complicarse a nivel de Derecho Internacional con el ejemplo del vuelo de los helicópteros del Perejil, donde el fracaso de la operación en su caso hubiera podido ocasionar, por ejemplo, un vertido de combustible en aguas de nuestra soberanía discutida*⁷²⁰.

XXII. EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN LA MAR Y LA PIRATERÍA

XXII.I. El reto de su resurgimiento

XXII. I.1. Los requerimientos conjuntos de la lucha contra el terrorismo internacional en la mar y la piratería

El año 2008 tuvo como una característica principal un nuevo resurgir sin precedentes de la piratería. Desde entonces los esfuerzos internacionales para suprimir los ataques de "piratas" cada vez son mayores y no sólo en la mar. Se trata de un fenómeno cada vez más relacionado con el terrorismo internacional.

⁷²⁰ Aquí entendemos que la vigilancia de la soberanía por Defensa se hizo más patente y de acuerdo con el principio de efectividad reconocido en el ámbito de las relaciones internacionales. En cualquier caso, fue preciso preparar la operación y por ello la instrucción y maniobra de *tal clase de vuelos se hacen imprescindibles*, es decir, no solo en casos tan extremos sino por ejemplo, también para rescates y otro tipo de actividades que, por sí mismas, no dañan al medio ambiente y son de pura y dura Defensa Nacional.

XXII. I.2. La relación de la piratería con el terrorismo como nuevo desafío

La escalada de incidentes de piratería a lo largo del año 2009 es un *nuevo* desafío de la navegación internacional como el que no haya tenido lugar desde su parcial interrupción de operaciones en 1956 con ocasión del cierre⁷²¹ del Canal de Suez. Los hechos⁷²² también han tenido que vincularse forzosamente con el régimen legal internacional sobre la piratería y sus comparaciones con el terrorismo internacional.

XXII. II. Análisis del caso del “*Sirius Star*”

XXII. II.1. Los antecedentes fácticos

La atención en la alerta global sobre tales hechos se centró en noviembre del 2008 con la captura⁷²³ del petrolero “*Sirius Star*” a unas cuatrocientas cincuenta millas náuticas del Sudeste de *Mombasa (Kenia)*.

XXII. II.2. La reacción de la Comunidad internacional

Mientras que hechos recientes posteriores arrojaron nueva luz sobre la conciencia del peligro de la Piratería lo cierto es que *no se trata de un fenómeno moderno*. En respuesta a su actual rebrote la *Agencia Marítima Internacional* estableció en 1992 un *Centro de Información* en donde la actividad de la piratería ha sido seguida en todo el mundo y el **Consejo de Seguridad de Naciones Unidas** reaccionó en el debate mediático planteado sobre la piratería ya a lo largo del año 2008 adoptando Resoluciones⁷²⁴ que por primera vez otorgaban un poder especial respecto al de cualquier institución marítima; *poder que consistió en la entrada en aguas de Somalia para dirigir operaciones contra esa clase de delincuencia y facilitar así también la persecución de los que fueran sospechosos*

⁷²¹ Premonitorio de la *guerra de los seis días* o del *Yom Kipur*.

⁷²² Durante los citados años, final de década, se observó un renacimiento gradual de los ataques de piratas que ocurrían más allá de las costas de *África* oriental, principalmente en el Golfo de *Adén*, pero también en el Océano *Índico* frente a las costas de *Kenia* y *Somalia*. En las aguas de este último país, por ejemplo, más de sesenta embarcaciones fueron “*apresadas*” por piratas.

⁷²³ Un precio de extorsión por *el rescate*, que se calcula aproximadamente de tres millones de dólares, fue la recompensa obtenida por los piratas somalíes por su abordaje al buque el día 09 de enero de 2009, muchos de los cuales, tras abandonar el barco y poniendo rumbo “*tierra a la vista*”, sin embargo perecieron en su huida junto con la mayor parte de su botín. En fotos de un reportaje gráfico coetáneo de los hechos (09 de enero de 2009) se observa cómo un paracaídas de rescate lanzado desde una pequeña aeronave va cayendo hasta llegar a la cubierta del petrolero. Este paracaídas, según dijo un negociador de los bandidos el viernes posterior, era el que sujetaba la caja donde aparentemente se contenía el pago realizado de tres millones de dólares y a raíz del cual los piratas liberaron el buque. El propietario armador del buque no confirmó este dato. El *Sirius*, un petrolero nuevo cualificado con veinticinco miembros que componían su tripulación, fue apresado el día 15 de noviembre anterior en el Océano *Índico* en la serie de una escalada dramática de crímenes cometidos en alta mar. La foto a la que nos referimos fue hecha por U.S Navy, Air Crewman 2nd Class *David B. Hudson*.

⁷²⁴ Resoluciones número **1814, 1816, 1838, 1844, 1846, 1851 y 1897** referentes a *Somalia*, reafirmadas por la **1918 y 1950** del 2010 y, a su vez, por la **nº 1976** de 16.04.2011. En noviembre del 2013 quedaron renovadas por el propio Consejo.

de ser piratas o de llevar a cabo actos de piratería. Esta respuesta sin precedentes de Naciones Unidas ha tenido en cuenta la idoneidad, en primer lugar, del régimen legal existente contra la piratería y, en segundo lugar, del aspecto operativo consistente en el esfuerzo internacional contemporáneo para eliminar ataques piratas de toda laya.

XXII. III. La piratería en la normativa internacional

XXII. III.1. Su origen consuetudinario

La piratería está antiguamente regulada a nivel internacional. Como las rutas del comercio internacional contemporáneo se desarrollaron a lo largo del siglo XVII, la vulnerabilidad de la lenta navegación de la mayoría de los barcos de entonces hacía que fueran un objetivo fácil de aquellos piratas dedicados al *pillaje* y al *saqueo*⁷²⁵. A lo largo de dos siglos más tarde, es decir, en el Siglo XIX, los avances conseguidos en su régimen legal fueron producto precisamente de la amenaza a la seguridad y que es ínsita a este fenómeno, de forma que *la legislación consuetudinaria internacional* evolucionó hasta el punto de considerarse -por una opinión común cada vez mayor y progresivamente más unánime- que la piratería existente era de hecho el primer crimen de carácter internacional sobre el que todos los Estados tenían que tener por sí mismos capacidad y legitimidad suficiente para detener y perseguir.

XXII. III.2. La regulación jurídica

Tales progresos en el ámbito normativo internacional consuetudinario encontraron su cauce formal como fuente del Derecho positivo en la Legislación del Mar moderna, es decir, a medida que el siglo XX dio ya sus primeros pasos. La Convención⁷²⁶ *ginebrina* del Alta Mar de 1958, y luego la Convención⁷²⁷ de las Naciones Unidas sobre la Ley del Mar de 1982 (UNCLOS, y en adelante “La Convención”), ambas diseñaron un régimen internacional de represión de la piratería y efectivamente el reconocimiento de una *jurisdicción universal* otorgada a favor de todos los países que suprimieran actos de tal clase. Esa Convención, de la que ahora forman parte ciento cincuenta y siete (157) Estados parte, es generalmente considerada como el *vivo reflejo de la cristalización positivada de la ley consuetudinaria internacional*⁷²⁸. Un elemento crucial de la definición de la

⁷²⁵ *Looting and plunder.*

⁷²⁶ Publicada en BOE núm. 309 de 27 de Diciembre de 1971 la Convención de 29.04.1958 sobre alta mar.

⁷²⁷ *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.* «BOE» núm. 39, de 14 de febrero de 1997.

⁷²⁸ El **art.101 de la Convención** define “*un acto de navegación basado en la piratería*” como aquel que consista en actos de violencia o detención, o un acto de depredación, cometido *para fin privado* por la tripulación de una embarcación *privada* contra cualquier otro barco en alta mar, o fuera de cualquier jurisdicción estatal. La piratería también se extiende a la operación de un “*barco*”

piratería que contiene la Convención es que se trata de un acto que ocurre “en alta mar”, lo que también incluye a la Zona Económica Exclusiva adyacente y que se extiende desde el borde de los mares territoriales de las famosas doscientas millas náuticas. Cuando la piratería era la primera materia en regularse bajo la Ley del Mar casi todos los océanos del mundo eran considerados alta mar. De esta forma, hace casi un siglo todos los actos violentos en el mar cometidos con fines privados hubieran sido calificados de piratería. Sin embargo, bajo los auspicios de la nueva Ley del Mar tras la Convención, amplias áreas mundiales oceánicas han caído bajo la soberanía y jurisdicción de los Estados costeros. En consecuencia, desde la entrada en vigor de la Convención un acto de piratería sólo ocurre más allá de los límites del mar territorial, acto que se extiende así, en la mayoría de los casos, fuera de las doce millas náuticas de la línea de mapa topográfico de costa. Una de las consecuencias de tales progresos es que la ley moderna de la piratería ha sido en su alcance constreñida de forma muy significativa a los justos y restrictivos límites definitorios que han sido expuestos, de modo que efectivamente se pueden diferenciar dos categorías: la piratería de alta mar, la que ocurre más allá de las doce millas náuticas que son limítrofes a los Estados costeros soberanos y jurisdiccionales, y los actos propios de piratería más típicos en cuanto que ocurren dentro de las aguas territoriales, incluyendo las de archipiélago (como puedan ser el caso de Estados de tal clase, así Indonesia). Para ese fin, la ley internacional de la piratería no se aplica para incidentes que puedan ocurrir dentro de las aguas adyacentes a un Estado costero. El efecto consecuente de tal hecho legal en cuanto tal es que regularmente se ha dejado en manos de esos Estados la represión de los actos de piratería y de bandidaje en el mar cuando ocurren más allá de su orilla, pero dentro de su jurisdicción, de forma que en sus aguas puedan utilizar su propio sistema de policía y patrullaje en la lucha contra el crimen y sin perjuicio de que, como objetivo final, se refuerce la aplicación de sus propias leyes penales por medio de la figura permitida de las persecuciones. *Como consecuencia se ha creado así de alguna manera un régimen legal que es injusto por desigual en el sentido de que su eficacia o culminación se hace depender de la diferente capacidad y consistencia que de hecho puedan tener para lograrlo los Estados directamente afectados.* La Comunidad Internacional retiene sus derechos de regulación normativa y de represión de la piratería de los tradicionalmente llamados actos “piratas”, es decir, los menos habituales por cuanto que ocurren en alta mar y que son extraños de por sí a los avances que se

pirata”, el cual se entiende que lo es cuando es utilizado por varias personas para la comisión de actos de tal clase. Esta definición genérica de la piratería está en consonancia con la expresión común latina de que un pirata es “*hostis humani generis*”: un enemigo para toda la humanidad. **Sin embargo, debido a la delimitación definitoria de estar referida solo a fines privados se excluyen de tal calificación algunas acciones movidas por intenciones políticas.** Así la **Convención** deja claro que la piratería en alta mar está proscrita, es ilegal, y que todos los Estados tienen “*derecho de presa y de perseguir*” a todos aquellos que puedan ser responsables de acto de piratería en alta mar.

puedan lograr en la ley del mar y de la criminalidad marítima. La amplia mayoría de todos los ataques piratas habidos tienen lugar dentro de aguas que están relativamente localizadas en el mar territorial o dentro de la zona costera estatal adyacente, y por tanto, dentro del ámbito de responsabilidad del relevante Estado con costa limítrofe. Sin embargo, no todos los Estados tienen una capacidad pareja para asegurar la seguridad de navegación marítima dentro de sus aguas y esto es notorio en la situación actual de *Somalia*.

XXII. IV. Los esfuerzos de la lucha contemporánea contra la piratería y la respuesta de Naciones Unidas

XXII. IV. 1. Las resoluciones Consejo de Seguridad ONU

Somalia ha sido un asunto recurrente que ya concernió al Consejo de Seguridad desde principios de los años noventa⁷²⁹.

XXII. IV.2. La actuación de la UE: la Operación Atalanta

Por su parte, auspiciada por la Unión Europea fue en el mes de diciembre del 2008 cuando se fraguó la Operación Atalanta⁷³⁰.

XXII. V. Los desafíos legales

A pesar de su importancia, la de los revolucionarios cambios de la *Comunidad Internacional* para enfrentarse al crecimiento de la amenaza que supone la piratería marítima, ello implica unos desafíos legales que hay que considerar. Está claro que el régimen legal actual no abarca el reforzamiento de otro tipo de ley penal internacional o doméstica respecto de esos responsables de los ataques piratas. La jurisdicción de los Estados para conocer de los actos de piratería está

⁷²⁹ Vid Anexo I.

⁷³⁰ Teniendo como fin combatir la piratería más allá de las aguas de *Somalia* cuenta con el apoyo de la OTAN y de la propia ONU en una operación estratégica aquí llamada "*Allied Provider*", en la medida en que como tal alianza acordada el 14 de diciembre del 2008 otros Estados que no son de la propia Unión también ofrecen su apoyo. Es el caso de *Rusia, Malasia, India, Irán, China, Turquía, Corea del Sur y Singapur*. Otro paso significativo fue dado por el Consejo de Seguridad con la **Resolución 1851** de 16 de diciembre del 2008. Esta Resolución autoriza liderar acuerdos para reforzar la lucha contemplada. Esto se ideó para conseguir cada vez más una mayor efectividad. **Esta Resolución también permite a la Comunidad Internacional operar no solo dentro de las aguas de *Somalia* sino también dentro de su propio territorio**. Tiene así un alcance también terrestre. Era en él donde solía existir el origen de los planes de los actos de piratería y robo armado que al final tenían lugar en el mar. Siguiendo la **Resolución 1851** (Vid Anexo I), y luego de que la Secretario de Estado norteamericana *Condolezza Rice* anunciase que en su país estaban creando un "Grupo de Contacto relativo a la piratería de *Somalia*", se estableció un mecanismo de información compartida de inteligencia, coordinación de actividades, y de cooperación entre compañías aseguradoras de la industria sobre la navegación. Esa clase de iniciativas reflejan el crecimiento de un cuerpo de opinión o de doctrina que, en síntesis, afirma que la piratería está intrínsecamente relacionada con la crisis de la economía política y económica de *Somalia*. Amén de la situación particular de este país, esas medidas también suponen una ampliación cada vez mayor en favor de los Estados respecto a su poder marítimo, de tal suerte que su fin es la lucha contra la piratería en la era moderna de la Ley del Mar.

basada en los *principios de nacionalidad o territorialidad*. Esto es, debe haber un nexo genuino entre el Estado y el buque, o entre el Estado y las aguas donde tienen lugar tal tipo de incidentes. A menos que los Tribunales de *Somalia* quieran ser efectivos y consigan llevar a cabo procesamientos, la responsabilidad por el seguimiento del fenómeno recaerá en esos miembros de la *Comunidad Internacional* cuyos barcos están hoy patrullando allende las costas de *Somalia*. La competencia de un Estado con un barco en aguas de *Somalia* para aplicar y velar por la aplicación de sus propias leyes de piratería y bandidaje dependerá en cualquier caso de que el barco pirata como tal, o los piratas, tengan la nacionalidad de ese Estado, o del grado de compromiso de la ley nacional por la que ese Estado califique y le aplique a la piratería su consideración como un crimen universal que puede conllevar la detención y procesamiento en cualquier lugar del mundo. La Resolución 1851 reiteró que la Convención de 1988 para la supresión de actos ilegales contra la Seguridad de la Navegación (en adelante, “The SUA Convention”) permite a sus Estados Partes tipificar delitos criminales, el establecimiento de jurisdicción, y *aceptar que queden bajo su custodia las personas responsables por el cargo de piratería*. Dicha Convención fue la respuesta dada para arrojar luz al caso del crucero italiano del *Aquille Lauro* en aguas del mediterráneo y que acabó con la muerte de un solo pasajero. Mientras que la citada Convención considera un acto criminal el caso de que una persona “*aprese o ejerza el control de un barco por la amenaza o el uso de cualquier fuerza o uso de cualquier otra forma de intimidación*”, su aplicación está diferida a una jurisdicción básica determinada bajo los criterios de la nacionalidad y de la territorialidad. Un Protocolo (SUA) del año 2005 ha ampliado sustancialmente el alcance de la anterior Convención para incluir actos de “terrorismo marítimo”, acogiendo aquellos que puedan ser englobados dentro de lo que se conoce como “*piratería política*”, no tanto con arreglo a su definición –que no la hay– cuanto a su motivación (política). Sin embargo, el núcleo de esos juicios no han sido actos propiamente dichos de piratería común o bandidaje en el mar y esto supone un importante vacío jurisdiccional con respecto del propósito pretendido por algún cargo criminal donde están involucrados los que no son nacionales o los barcos no estatales. En este sentido, alguno de los desafíos legales internacionales que se enmarcan dentro de los esfuerzos legales tendentes a sentar en el banquillo a los terroristas no son parejos. Ambas áreas han dado lugar al nacimiento de costumbres referidas a la proscripción y fuero jurisdiccional, así como la política a seguir en adelante por los Estados partes ante el fenómeno comentado. Que la Convención de 1988 surgida a raíz de un acto de terrorismo internacional, y que su Protocolo del 2005 supusiera la consecuencia directa de los esfuerzos para que la ley se ciñera a sus justos términos en esta materia de la piratería y como resultado de los atentados terroristas en *Nueva York y Washington* el 11.S del 2001, todo ello resalta las iniciativas que se han tomado en esta área, pero que rigurosamente sólo se predicen de ciertos tipos de incidentes violentos en el mar.

La piratería, movida sin ningún ánimo político, para la mayoría de los casos no se encontrará definida en la Convención de 1988.

Mientras que la intervención del Consejo de Seguridad a través de sus Resoluciones ha estado en cierta forma encaminada por la finalidad de completar esos vacíos legales, aún quedan huecos que están formados por una falta de motivación política por parte de algunos de los miembros de la Comunidad Internacional en la lucha legal. Un particular agujero que pudiera ser testimonial de esta afirmación es que las respuestas del Consejo de Seguridad sólo tienen como destinatario Somalia y no alcanza a otros ataques de piratería que tienen lugar en otras costas colindantes tales como la de Kenia, o los que también puedan tener lugar en otras partes del mundo (Golfo de Guinea y estrecho de Malaka).

XXII. VI. La articulación de soluciones legales

Entonces, ante las dificultades propias de la falta de generalización del reconocimiento de una jurisdicción universal de los Estados, nos podemos preguntar: ¿cuáles son las posibles soluciones legales?⁷³¹ La última parte del siglo XX vio eclipsada la ley internacional de la piratería debido a la cada vez mayor atención puesta por *la Comunidad Internacional* en el problema de la impunidad referida al genocidio y crímenes de lesa humanidad. Por una serie de combinación de circunstancias, especialmente originadas por el colapso en los mecanismos gubernamentales y políticos que tienen lugar en el interior de algunos Estados costeros, se le ha permitido a la piratería desarrollarse en ciertas situaciones. A fecha de hoy la respuesta de *la Comunidad Internacional* a esta amenaza ha sido más bien ocasional. Se requiere un enfoque más coordinado con vista a la resolución de los asuntos legales aquí identificados. Con este fin, la Comisión de Derecho Internacional puede convocarse para revisar la definición de la piratería. No obstante, hay otras opciones abiertas que se predicen tanto de los Estados de forma individual como de *la Comunidad Internacional*. Hechos recientes han dejado claro que la piratería y las amenazas a la seguridad marítima no pueden ignorarse por mucho más tiempo. El desarrollo de un consolidado y régimen legal universalmente aplicable se relaciona con un problema *de lege ferenda*, es decir, cuál tendría que ser la solución para soslayar la impunidad efectiva en esta área fundamental de la responsabilidad.

⁷³¹ ROTHWELL, D R. (2016). “*Piratería marítima y ley internacional*” en *The International Law of the sea*. Hurt publishing. Canberra (Australia) las apunta. **Vid Anexo I.**

XXII. VII. Los criterios de la jurisdicción penal

XXII. VII.1. Desde una perspectiva del Derecho Internacional Público⁷³²

XXII. VII.2. Los principios jurisdiccionales

1. El principio de territorialidad⁷³³. 2. El principio de nacionalidad⁷³⁴. 3. El principio real o de protección⁷³⁵. 4. El principio de personalidad pasiva⁷³⁶. 5. El principio de universalidad⁷³⁷.

XXII. VII.3. Las consecuencias particularizadas

Por tanto, en virtud del principio de territorialidad (art.8.1⁷³⁸ del Código Civil –en adelante, C.c- y 23.1 de la Ley Orgánica del poder Judicial –en adelante, LOPJ-) será más fácil recoger pruebas y respetar la soberanía por ser más fácil mantener el orden público. El principio de nacionalidad lo recogen en su caso las

⁷³² En relación con la articulación de los distintos principios sobre **la cuestión de la jurisdicción del Estado es compleja**, pero se parte de cuatro premisas: *primera*, que la jurisdicción tiene que ver con el Estado sin prejuzgar la competencia de sus órganos con el Derecho interno; *segunda*, que la jurisdicción implica un derecho del Estado a ejercer algunas de sus competencias; *tercera*, que tal derecho viene determinado exclusivamente por el Derecho Público Internacional; *y cuarta*, que la problemática de la competencia solo tiene lugar en materias que trascienden un carácter puramente interno.

⁷³³ Es el primero y obligatorio, además de ser el más aplicado en el mundo entero. En virtud de su soberanía territorial, se fundamenta en el mantenimiento del orden público por el Estado dentro de su territorio. Además, con ello disuade y previene la comisión de delitos en su territorio, mientras que procesalmente existe la ventaja de que el enjuiciamiento y detención se dan en el mismo lugar de la comisión del delito y, por tanto, con una mejor reunión de pruebas, de accesibilidad de los testigos, etc. Así, los demás principios son la excepción a esta norma.

⁷³⁴ Se basa en la nacionalidad del presunto autor del delito para determinar la jurisdicción del Estado. Son varios los fundamentos en este principio: *Primero*, el deber de fidelidad del individuo a las leyes del Estado del cual es nacional, toda vez que su esperada protección explica un deber de obediencia; *segundo*, el mantenimiento de las buenas relaciones entre Estados, de forma que con él se protege su reputación; *tercero*, la protección de los nacionales de la jurisdicción extranjera por cuanto que el propio ordenamiento penal interno es el mejor conocido por ese nacional y de ahí que se considere más equitativo que otros principios.

⁷³⁵ Por él se otorga jurisdicción al Estado cuando importantes intereses nacionales hayan sido dañados o amenazados por el delito con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del sujeto activo. Sobre su alcance debe reservarse solo para aquellos casos en que la soberanía, la integridad, la seguridad, en fin, cuando intereses vitales o las funciones gubernamentales esenciales del Estado son perjudicados o puestos en peligro.

⁷³⁶ Por esta base se atribuye jurisdicción al Estado de la nacionalidad de la víctima del delito, *dondequiera que éste haya tenido lugar*. Su fundamento es la protección por el Estado de sus nacionales en el extranjero.

⁷³⁷ Esta base jurisdiccional determina la competencia por el lugar en que se halle el presunto delincuente tras la comisión del delito, con independencia de que concurra o no cualquier otro vínculo ("**lógica de Nüremberg**": **art.23⁷³⁷ de la Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ-**). Su principal fundamento ha de extraerse del carácter de los delitos a los cuales puede aplicarse. Delitos que afectan gravemente a valores esenciales de *la Comunidad Internacional*, de modo que pueden entenderse dirigidos contra aquélla en su conjunto y a la vez contra cada uno de los Estados que la conforman. Por ello los delitos a los que pueda aplicarse este principio deben tratarse solo de **delitos propiamente internacionales**.

⁷³⁸ Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.

legislaciones nacionales, así en art.23.2 de la LOPJ nuestra. El principio de protección real está en el 23.3 de la LOPJ. No está el de personalidad pasiva en nuestra legislación y sí el de universalidad (art.23.4 LOPJ): el principio de universalidad (*ubi te in venero ibi te iudicabo*) al menos en *España* ha sido acogido⁷³⁹, *aunque el único elemento que lo vuelve operativo* es la presencia del presunto autor del delito en el territorio del Estado ya que puede no concederse su extradición. Este principio constituye, pues, la premisa del principio *aut dedere aut punire*: juzga o extradita⁷⁴⁰. Si en el caso de la piratería no hay duda de que le sea aplicable este principio, pensamos que tampoco al caso del terrorismo: Según las Convenciones de 1958 sobre el Alta Mar (art.14-17⁷⁴¹) y de 1982 sobre el Derecho del Mar (art.101⁷⁴²), la piratería está siempre constituida por cuatro elementos principales. En *primer lugar*, se trata siempre de un acto ilegal de violencia o de detención. En *segundo lugar*, se deduce también que el acto ha de ser cometido con propósitos privados. En *tercer lugar*, el lugar de ejecución debe ser el alta mar (la mar) o cualquier otro (*res nullius*) no sometido a la jurisdicción de ningún Estado. *Por último*, el acto debe producirse por la tripulación o pasajeros de un buque o aeronave privada contra otro buque o aeronave. En cambio, la mayor parte de apoderamientos de aeronaves por causa de terrorismo se producen al sobrevolar el espacio aéreo de algún Estado y, además, el avión termina aterrizando en el territorio de algún otro Estado, e incluso a veces suele producirse un aterrizaje sucesivo en varios Estados. Por otra parte, la mayor parte de estos

⁷³⁹ El **art.23.4 de la LOPJ**, donde en la letra b figura el terrorismo como delito perseguible internacionalmente, es un precepto que según **Auto (sobre genocidio en dictadura argentina) del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 04 de noviembre de 1998 (2º y 6º FJ)** y comentado en LA LEY, núm. 4688, de 08 de diciembre de 1998, es de índole procesal en la medida en que es aplicable con independencia del tiempo de comisión de los delitos. Esto implica para el caso de terrorismo que la tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social *del país en el que el delito de terrorismo se comete*, o al que directamente afecta como destinatario del ataque, y esta traslación necesaria de un elemento fáctico no impide la susceptibilidad de tipificarse como terrorismo, *según la Ley penal española*, que es exigencia del **art.23.4**.

⁷⁴⁰ Sobre el estatuto de este principio en el “Derecho de Gentes” se ha afirmado que dimana del interés de todos los Estados de procesar a los presuntos autores de infracciones del Derecho Internacional. Es un deber de la comunidad internacional en su conjunto entendida como una “*civitas maxima*” según la expresión de **Hugo Grocio**. En este sentido el argumento tiene formas más amplias y más restringidas, de acuerdo a las infracciones que abarca. Parece más fácil encontrar un consenso para afirmar que el principio se aplica a las más graves violaciones de derechos humanos fundamentales, *cometidas en forma sistemática o masiva*, que pueden ser calificadas de crímenes de lesa humanidad y en ciertos casos de genocidio.

⁷⁴¹ Vid Anexo I.

⁷⁴² Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente.

delitos están motivados política y no personalmente. Por último, en todos los casos se involucra tan sólo un avión o barco, entre cuyos pasajeros se encuentran los autores del delito. Debe señalarse que existe una línea de opinión⁷⁴³ muy minoritaria que no considera el último elemento, la presencia de dos buques o dos aeronaves o de un buque y una aeronave, como elemento imprescindible de la piratería.

A pesar de las diferencias, tal vez se podría argumentar⁷⁴⁴ que son similares. Para **ABAD CASTELOS**⁷⁴⁵ la piratería, que ha tenido la posibilidad de perfilarse y consolidarse desde hace siglos, *no es de nueva factura como los otros actos ilícitos en consideración, caso de la toma de rehenes*; pero lo cierto es que a partir de que el delito alcanzó unas proporciones epidérmicas, a finales de los sesenta y durante la década de los setenta, se produjeron multitud de reacciones por parte de *la Comunidad Internacional* -de forma institucionalizada o no- que le inducen a confirmar que el principio y sus implicaciones están en el Derecho Internacional consuetudinario. *La cuestión de si este principio de universalidad para la piratería existe en el Derecho Internacional General* tiene más importancia de la que parece, pues el Estado que ejerza la jurisdicción universal sobre un delito de terrorismo, si esta posibilidad no estuviese reconocida o permitida por el Derecho Internacional consuetudinario, realizaría un acto ilícito aunque fuera conforme al ordenamiento jurídico interno. Afecta así al ámbito de la responsabilidad estatal. Al margen de que haya o no analogía con la piratería, la citada autora considera que actualmente no hay ninguna duda de que existe dicha posibilidad -de ejercitar autónomamente la competencia sobre la base del principio de jurisdicción universal para cualquier Estado no parte en la red multilateral de Convenciones que lo establecen-, aunque otros autores⁷⁴⁶ llegan más lejos y lo afirman como una obligación o incluso como un deber de derecho necesario (*ius cogens*).

XXII. VIII. Análisis crítico

Esta última tendencia doctrinal es la que apoyaríamos nosotros por coherencia intelectual, es decir, por no estar en disonancia con la idea que defendemos y hemos expuesto sobre la naturaleza jurídica militar o civil, de Estado, de una aeronave, *que es un nexo de suficiente importancia como para desencadenar la activación del principio de jurisdicción universal*, opinión *de lege ferenda* que además tampoco se desencuentra en el fondo con la línea doctrinal discrepante ejemplificada en **ABAD CASTELOS**, toda vez que ambos estaríamos de acuerdo

⁷⁴³ Así LAUTERPACHT.H, en OPPENHEIM, L. (1955) *International Law*, 8th ed. 1955, p.616.

⁷⁴⁴ ABRAMOVSKY.A (1974) "*Multilateral Conventions for the Supresion of Unlawful Seizure and Interference with Aircraft*". Part.1: The Hague Convention. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.13, number 3, pp.387 y 388.

⁷⁴⁵ ABAD CASTELOS, M. (1997). "*La Toma de rehenes...*". *Ob. cit.* pp.152 y 153.

⁷⁴⁶ BASSIOUNI, M.C. (1987) "*International Extradition. United States Law and Practice*", 2nd ed., pp.22 y 23.

en que el Estado directamente afectado siempre debe de evitar impunidades. Para **ABAD CASTELOS**⁷⁴⁷, sin embargo, “nuestra” conclusión final puede ser desmesurada e infundada porque el Derecho Internacional General concibe la jurisdicción como un *derecho* del Estado, no como un *deber*⁷⁴⁸, y si bien el Derecho Internacional Convencional de ámbito universal puede llegar a convertir el ejercicio de la competencia penal estatal en obligatoria *se trata de un deber matizado y condicionado a un requisito principal, esto es, la ausencia de extradición. Los Estados tienen actualmente según el Derecho Internacional General una obligación de cooperación en la prevención y en la reacción contra el terrorismo internacional.* De ahí que, a juicio de **ABAD CASTELOS**⁷⁴⁹, haya que distinguir entre la actitud de no cursar una acción penal o extraditar al presunto autor de “terrorismo” en el ámbito internacional *en un caso concreto*, de la posición reiterada y sistemática de pasividad que ante dichos casos han adoptado algunos Estados (convirtiéndose de hecho en una tierra de refugio seguro para los autores de estos delitos, a donde éstos huían después de su comisión). En esas situaciones los Estados que dejen de obrar estarán tolerando acciones terroristas en violación, esta vez sí, de obligaciones consagradas en el Derecho Internacional consuetudinario, sobre todo a partir de la Resolución AG ONU 2625 de 1970.

El principio de universalidad se configura con *carácter subsidiario* porque su ejercicio se hace depender de que el Estado no extradite al presunto delincuente a alguno de los Estados con competencia primaria. El principal requisito previo es, sin duda, el deber previo de ofrecimiento de la entrega del presunto autor del delito al Estado o Estados territoriales en cuyo territorio o territorios se haya cometido el delito o, en el caso de que el mismo se hubiera cometido en un lugar no sujeto a la jurisdicción nacional, al Estado de su nacionalidad. *Sólo en el caso de que tal oferta haya sido rechazada, el Estado que cuenta con la presencia física del delincuente podrá alegar el principio de universalidad para proceder contra él.* Durante la redacción de algunas de las Convenciones anti-terroristas también se intentó acentuar la calidad subsidiaria del principio de universalidad en el Convenio europeo para la represión del terrorismo elaborado en el marco del Consejo de Europa. El art.5.2 de la Convención de 1979, de modo similar a las demás Convenciones, afirma la obligación de cada Estado parte de adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos de toma de rehenes, sólo *“en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio”*. Lo cual, constituye el efecto directo del carácter subsidiario con que el principio también fue concebido. *El único elemento que lo vuelve operativo es*

⁷⁴⁷ **ABAD CASTELOS, M.** (1997) “La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el derecho internacional”, (OBLIGACIONES ESTATALES PREVIAS, COETÁNEAS Y POSTERIORES A LA COMISIÓN DEL DELITO), Madrid: Ministerio del interior, Secretaría general Técnica, D.L.ISBN 84-8150-168-9. Ob. cit. pág.154 *ut supra*.

⁷⁴⁸ Nosotros, a partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, creemos lo contrario.

⁷⁴⁹ **ABAD CASTELOS, M.** (1997) “La toma de rehenes...”, Ob.cit pp. 156 y ss.

la presencia del presunto autor del delito en el territorio del Estado. Entre los ejemplos de aplicación del principio en la práctica **ABAD CASTELOS**⁷⁵⁰, de los que junto con **ABRAMOVSKY**⁷⁵¹ excluye expresamente el caso *Yunnis* (porque el autor no se encontraba en territorio estadounidense y los defensores de su aplicación razonan su defensa en términos de política internacional), señala que después de producirse el apoderamiento de un avión norteamericano en 1972 por dos americanos el avión aterrizó en *Argel*, donde los autores obtuvieron asilo político. Simultáneamente, dos Tribunales americanos (el de *Nueva York* y *California*) emitieron dos órdenes de arresto por piratería aérea y secuestro de personas. Casi tres años más tarde los autores fueron arrestados en *Francia* en un control de identidad rutinario. *Francia* afirmó la jurisdicción sobre el delito denegando la extradición a los EE.UU y enjuiciándolos por los delitos de desviación de aeronave, secuestro con toma de rehenes y amenazas de muerte, ello sin otro vínculo con dichos delitos que la presencia de los autores en su territorio.

Este principio se ha instalado en nuestro ordenamiento en la LOPJ de 1985, art.23.4, “romanito” de la letra g, regulación que no exige expresamente la presencia del presunto delincuente en el territorio nacional, aunque antes de su reforma por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de Marzo, se decía que “*así ha de entenderse*” (según **ABAD CASTELOS**) porque, según el art.834 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM), nuestro ordenamiento prohíbe los juicios en rebeldía de los presuntos autores de delitos.

XXII. IX. Referencia a un caso especial: el caso *Bankovic* y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

La Gran Sala de este foro, con motivo de la demanda nº 52207/09 del caso *Bankovic* contra diecisiete Estados de la NATO, y que fue inadmitida en su Decisión de 19 de diciembre del 2001, en los párrafos 54 y ss justificó su conclusión de que los bombardeos de la OTAN a objetivos civiles en *Serbia* no convertían en responsables a los Estados desde el punto de vista del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Para el Tribunal, el vínculo real entre los demandantes y los Estados es el acto incriminado que, independientemente de donde haya sido decidido, ha expandido sus efectos fuera del territorio de esos Estados. En este sentido, el Tribunal tuvo que decidir si, en razón de dicho acto extraterritorial, los demandantes y sus familiares dependían de la jurisdicción de los Estados en cuestión⁷⁵². El Tribunal entiende que el art.1 del Convenio debe

⁷⁵⁰ **ABAD CASTELOS, M.** (1997). “*La toma de rehenes...*” Ob. cit. pp.158 y 159.

⁷⁵¹ **ABRAMOVSKY, A** (1974) “*Multilateral Conventions for the Supresion of Unlawful Seizure and Interference with Aircraft*”.Ob. cit. pp.152 y 153.

⁷⁵² Vid. *Sentencia Al-Adsani c. Reino Unido* de 21 de noviembre del 2001. Demanda nº 35763, párrafo 60.

reflejar una concepción esencialmente territorial de la jurisdicción de los Estados. Considera que la práctica seguida por los Estados contratantes desde la ratificación del Convenio muestra que no preveían su responsabilidad extraterritorial en contextos similares al presente. Si algunos Estados han participado en misiones militares que le han llevado a efectuar actos extraterritoriales, ninguno de ellos ha indicado, mediante la derogación que permite el art.15 del Convenio, que consideraba que los actos extraterritoriales implicaban el ejercicio de su jurisdicción en el sentido del art.1 del Convenio. Como ya dijo el Tribunal en su Sentencia *Soering*: “El art. 1 fija un límite territorial al ámbito de competencias del Convenio. En particular, el compromiso de los Estados parte se limita a reconocer a las personas que dependan de su “jurisdicción”, los derechos y libertades enumerados. Además, el Convenio no determina los actos de terceros Estados, ni pretende exigir a las Partes contratantes que impongan sus normas a tales Estados. De conformidad con la noción esencialmente territorial de jurisdicción, el Tribunal no ha admitido, salvo circunstancias excepcionales, que los actos de los Estados contratantes realizados o que hayan producido efectos fuera de su territorio puedan analizarse como ejercicio de su jurisdicción en el sentido del art.1 del Convenio. Estas circunstancias excepcionales a las que nos hemos referido se producen cuando un Estado ejerce de forma efectiva el control sobre un territorio exterior a sus fronteras y sobre sus habitantes, como consecuencia de una ocupación militar o en virtud de consentimiento o de la aceptación por parte del Gobierno local, asumiendo la totalidad o parte de los poderes públicos que dependen normalmente de las prerrogativas del Gobierno local⁷⁵³, circunstancias que no se dan en el presente caso, por lo que el Tribunal concluye que ni los demandantes ni sus familiares estaban amparados por la jurisdicción de los Estados defensores en virtud del acto extraterritorial en cuestión”.

Por último, y a modo de colofón, en el debate in situ que sobre esta materia se realizó en la Universidad de Educación a Distancia (en adelante, UNED) de Madrid, Instituto Gutiérrez Mellado, los días 19-21 de Mayo del 2009 con motivo del Curso de Seguridad de las dos décadas de postguerra fría, y con ocasión de las compañías privadas de seguridad que pudieran ser embarcadas para protección de buques, el Catedrático **JIMÉNEZ PIERNAS** no entiende -que además de reconocer que en este país “se legisla mal”- deban confundirse con “mercenarios” siempre que en la nave haya un pabellón responsable de su actividad; mientras que en el mismo foro al que también asistimos, los días 15 a 18 de Junio, al tratar de las nuevas Reales Ordenanzas, se impartió su régimen sin mayor novedad que la de comentar su quizá “innecesaria” adecuación a la

⁷⁵³ Ver *Sentencias Loizidou c. Turquía* de 23 de marzo de 1995 (excepciones preliminares), 18 de febrero de 1996 (fondo) y 28 de julio de 1998 (satisfacción equitativa) y *Chipre c. Turquía* de 10 de mayo del 2001.

normativa internacional directamente vinculante para *España*. Asimismo, saber⁷⁵⁴ que a partir de su aprobación en el Congreso el día 25 de junio del 2009 el art.23 de la LOPJ ha sido modificado. *“Así, se limitará y clarificará el principio de jurisdicción universal penal de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, lo que implica que “deberá quedar acreditado” que los presuntos responsables del delito se encuentran en España y que entre las víctimas hay personas de nacionalidad española.*

También son requisitos que en el país donde se hayan cometido los hechos, o en un tribunal internacional, no se haya iniciado una investigación y una persecución efectiva de los delitos. Y si el país en cuestión o un tribunal internacional comienza otro proceso sobre los mismos hechos denunciados, la jurisdicción española deberá archivar provisionalmente la causa que haya abierto.” La jurisdicción universal en España también fue reformada en Marzo del año 2014, según vimos, restringiéndola todavía más, según interpretó la Audiencia Nacional, con su decisión de archivar los procesos abiertos a trece marineros egipcios y ocho sirios que fueron detenidos por el Servicio español de Vigilancia Aduanera cuando sin nombre ni pabellón navegaban en aguas internacionales (mar de Alborán) a bordo de barcos en los que se hallaron grandes cantidades de droga. Sin embargo, esta interpretación fue desautorizada por la Sala de lo Penal del Supremo el día 23 de julio del 2014 al estimar por unanimidad de los quince magistrados de la Sala II del Supremo el recurso de casación de la Fiscalía Antidroga: El Supremo ha concluido que la reforma de marzo no limita la jurisdicción de los tribunales españoles para perseguir narco-barcos interceptados en aguas internacionales. La Sala destaca que el artículo 23.4.d), referido a los delitos de piratería, terrorismo y tráfico ilegal de drogas tóxicas, establece la competencia de la justicia española para conocer de los delitos de tráfico ilegal de drogas “que se cometan en los espacios marinos” en los supuestos previstos en los tratados ratificados por nuestro país. Entre ellos se encuentran la Convención de Viena de 1988, contra el tráfico de drogas, y los acuerdos del mar de Montego Bay de 1982.

⁷⁵⁴ En la actualidad, la Audiencia Nacional tramita trece causas abiertas bajo el principio de la jurisdicción universal, que van desde la investigación de delitos de genocidio en *Guatemala* o el *Tíbet* a supuestos crímenes de guerra en *Gaza*, a las torturas en *Guantánamo* o, más recientemente, los actos de piratería en las costas de *Somalia*. La resolución –que fue presentada por el PP y enmendada por el PSOE tras un pacto entre estos dos partidos– recibió 339 votos a favor, ocho en contra y una abstención y aboga por promover con urgencia la reforma del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), a fin de “limitar y clarificar” el alcance del principio de jurisdicción universal penal. En su escrito inicial el PP defendía la reforma la LOPJ para que la Justicia española sea competente “para conocer hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional si se tipifican como genocidio, terrorismo, piratería, prostitución, tráfico ilegal de drogas, inmigración clandestina o mutilación genital”. La enmienda del PSOE suprimió estas concreciones, si bien insta igualmente a cambiar el artículo 23 de la LOPJ y plantea una redacción prácticamente idéntica a la de los populares en el resto de los términos.

Ya la Exposición de motivos de la Ley orgánica 1/2014, de 13 de Marzo, disponía que “han pasado cuatro años desde que la reforma operada por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional(...)”. La Audiencia Nacional interpretó, erróneamente, que los tribunales españoles serían competentes sólo si lo impusiera un tratado internacional, pero no si ese tratado se limita a autorizar dicha competencia. Interpretó, también erróneamente, que deberían cumplirse dos requisitos añadidos: que el procedimiento se dirija contra un español y que se trate de la realización de actos de ejecución de un delito de narcotráfico o de la constitución de un grupo criminal con miras a la comisión de ese delito en España. El Supremo ha acogido el criterio de la Fiscalía, que subrayó que de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y de la Convención de Naciones Unidas contra la droga se deriva no sólo la obligación general de cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de drogas, sino también el ejercicio de la propia soberanía nacional en la persecución de esos delitos, sin necesidad de incorporar ningún otro requisito. El criterio del Supremo permite el abordaje, detención y enjuiciamiento de ellos tribunales de cualquier embarcación que no enarbole ningún pabellón o no tenga matrícula. En el caso de que enarbole algún pabellón, habrá que poner a los detenidos a disposición del país de que se trate. La interpretación de la reforma establecida por el Supremo ha sido la que ha venido defendiendo el Ministerio de justicia, que ha negado reiteradamente que la modificación de la jurisdicción universal impida la persecución internacional de los delitos de narcotráfico.

CAPÍTULO III

NORMATIVA, JURISDICCIÓN Y FUERZAS ARMADAS FRENTE AL TERRORISMO INTERNACIONAL

En este apartado nos proponemos como objetivo analizar *-en un sentido amplio, que también abarca la faceta de asesoramiento a los ejércitos-* el papel de jurisdicción que pueden tener internacionalmente las Fuerzas Armadas de cualquier país en materia contraterrorista. Se hace desde el punto de vista de la colaboración que sobre todo ya se puede mantener en tal sentido a nivel mundial con la Corte Penal Internacional, como Organización Internacional, y no sólo entre países.

Para ello, y con motivo de su intervención cada vez más operativa en escenarios conflictivos y no sólo bélicos, se tienen en cuenta los servicios jurídicos que disponen por sí mismos los distintos Estados.

Nuestra hipótesis es que potenciar institucionalmente tal clase de colaboración en el ámbito internacional entre los distintos y variados sujetos de Derecho Internacional, que no sólo el del Derecho interestatal, es *un factor de prevención general del terrorismo no desechable*. Al igual que la idea de la separación de poderes es un factor de estabilización interna de un Estado democrático bien aseado, en el ámbito internacional la idea más amplia de colaboración como la propuesta hace menos probable la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra, y, por tanto, también del terrorismo, hasta el de Estado, por estar así no sólo estos cada vez más expuestos a un mejor control y vigilancia internacionales de tales atrocidades incluso en situaciones de violencia extremadamente críticas y de difícil categorización académica (según los cánones del Derecho Internacional de los conflictos armados y de los Derechos Humanos en general).

Afrontar su validez nos obliga, *en primer lugar*, acudir al estudio comparado de la estructura de los servicios jurídicos de las Fuerzas Armadas de los países más activos; *en segundo lugar*, al estudio del principio de la jurisdicción universal; *en tercer lugar*, fijarnos en la normativa antiterrorista comparada de paz entre algunos de esos países más importantes, incluyendo la de la Unión Europea (por ser la que más nos afecta); y, *por último*, cuál puede ser el futuro del castigo jurisdiccional del terrorismo a nivel internacional poniendo nuestro especial énfasis en un principio de Derecho de Gentes, a nuestro particular juicio de nuevo cuño, cual es

la protección cada vez mayor de las víctimas de esta lacra y partiendo al respecto del estatuto para ellas implícitamente previsto en el Estatuto de Roma de 1998, estatuto que valoraremos y criticaremos para hacerlo más visual y expreso.

I. PLANTEAMIENTO PREVIO

I.1. Antecedentes legales

A causa de *la caída del Muro de Berlín y del 11-S* en la realidad internacional han resurgido ruidosas situaciones, diferencias y conflictos a los que ningún jurista puede hacer oídos sordos si se atiende al difícil equilibrio jurídico entre los “derechos humanos” y la “extranjería” cuando se ponen a disposición de organismos multinacionales Fuerzas Militares para contribuir a la Paz y la Seguridad. Producto de esta situación ha sido que proliferen las tradicionales Operaciones de Paz, las cuales han sufrido un profundo cambio. *Ello crea la necesidad de que los Estados capaciten adecuadamente al personal militar y civil que destinen a estas actividades, cuyos procedimientos difieren en muchos aspectos de la tradicional forma de actuar de las Fuerzas Armadas (FF.AA): ¿También en materia de su asesoramiento jurídico?*

I.2. Fuerzas de Reserva (*Stand by Forces*)

Hay países que han promulgado Leyes⁷⁵⁵ que regulan la salida y entrada de tropas en su territorio (*Chile*, por ejemplo, en 1996) y muchos Estados han suscrito con NN.UU *Memorándums* de Entendimiento (MOU) relativos al compromiso nacional de contribuir con personal y material a las Fuerzas de Reserva (*Sistema Stand By Forces*) para el despliegue oportuno de medios a las Misiones de Paz que resuelvan ejecutar, acortando con ello los tiempos de respuesta, que es uno de los mayores inconvenientes que se presentan. La finalidad de Naciones Unidas a través de aquellos *Memorándums* es tener información precisa sobre las Fuerzas y otros recursos que un Estado miembro de NN.UU. podría aportar. Estos recursos pueden ser militares y policiales. *Sin embargo, ello no impide que NN.UU pueda requerir otros medios no considerados en el citado acuerdo, así otros civiles que no sean policías.* Sería el caso de ciertos abogados en Zonas Operativas y de la misma nacionalidad de los desplazados. *Téngase en cuenta que una de las funciones de cualquier embajada y consulado es proteger a sus nacionales en territorio extranjero*⁷⁵⁶. Las preguntas que por ello surgen, centradas en las

⁷⁵⁵ Así la Ley chilena N° 19.067. Establece normas permanentes sobre entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República y salida de tropas nacionales del mismo.

⁷⁵⁶ Si éste se convierte en zona de conflicto lo más seguro es que todo el personal civil, así los abogados nacionales allí asentados, sean evacuados con un salvoconducto y, por tanto, el militar compatriota que allí después recale pueda verse en su derecho fundamental a la asistencia letrada ciertamente desprotegido durante tan crítico momento de vida, es decir, no solo la profesional. Por ello, nos preguntamos: *¿Podrían los abogados españoles también desplazarse para asistir a los*

misiones – militares, no de ONG⁷⁵⁷- y en la experiencia de haber coincidido con el famoso “JAG” (*advisor legal*) norteamericano, las hacemos también valer sobre la base indirecta de que el Secretario General de NN.UU durante el año 2000, se tuvo que plantear el requerimiento de una necesidad perentoria: tener un plazo de respuesta de 30 días para operaciones del tipo tradicional y de hasta 90 días para las operaciones complejas⁷⁵⁸. Ergo es lógico que todas estas preguntas nos las planteemos si se tiene en cuenta que, aparte de tener que trabajar juntos en muchas ocasiones, *los sistemas legales de nuestro país con el de los anglosajones es distinto*, que se requiere una perfecta comprensión de la profesión de “abogado” incluso sin tener por qué haberla ejercido, lo que es muchas veces una dificultad adicional, y que, en definitiva, los militares desplazados y sus familias tienen necesidades legales relacionadas con su servicio y ajenas a él, entre ellas, *in situ*, su representación legal, así como cualesquiera consejos jurídicos sobre su vida *in situ*⁷⁵⁹. Sin embargo, aun cuando aquellos cortos plazos se encuentran contemplados en el Memorándum de Entendimiento que se suscribe con NN.UU., se debe considerar que una vez aceptada la participación a una Misión de Paz *no se sabe cuánto tiempo va a durar y que, por otro lado, viene posteriormente todo un proceso de negociación para determinar la forma en que se brindará dicho apoyo.*

militares de su misma nacionalidad?, ¿en qué casos se haría preciso?, ¿cuáles serían, si no, las alternativas y cuáles sus posibles consecuencias? ¿podría, en su defecto, un jurídico militar hacer ese papel de “letrado”?, ¿lo supliría?, ¿le sería depositada su confianza? ¿por quién? ¿es para la diplomacia una protección obligada la del militar? ¿hasta qué punto la protección que le pueda blindar le abarca a su persona el contenido de ese derecho a una asistencia letrada voluntariamente elegida, inmediata, individual y directa? ¿en qué casos sí y en cuáles no?...

⁷⁵⁷ Como las de la ONG *Barcelona Solidaria*, donde fueron secuestrados por *Al Qaeda* en *Mauritania Albert Vilalta y Roque Pascual*, cuya condición de abogados -si la tuvieran o la hubieran tenido- no hubiera sido en todo caso por sí sola una garantía real de su seguridad.

⁷⁵⁸ Una vez allí hay que plantearse, pues, problemas que van a surgir tales como la relación objetivo-tiempo (*target / time*) de la misión, el de “las prescripciones legales” de los procedimientos legales, si entre ellos los hay o no de *habeas corpus*, la caducidad de las vacunas (la responsabilidad penal hasta de delito de desobediencia militar si esa caducidad es la excusa interesada para pedir una repatriación), la caducidad también de los alimentos y productos, los criterios de oportunidad y conveniencia admisibles por razón de Estado, así como que no siempre será posible una repatriación o, en su caso, una extradición del autor de los presuntos hechos a investigar.

⁷⁵⁹ P.ej: *si tienen o no derecho a una justicia jurídica gratuita, de qué tipo y con qué alcance, si el “jurídico militar” puede oficialmente llegar a ser su “abogado”, y, en definitiva, si la asesoría jurídica de su contingente se constituye o no también como una oficina local de justicia que les satisfaga sus necesidades (“señor, me quiero separar, quiero testar, quiero llevarme este arma comprada a casa, me gustaría adoptar “a ese niño”, ¿qué posibilidades de nacionalización española tiene tal nativo y cómo conseguirlo?, ¿cuánto tiempo duraría?, etc.”).*

II. EL ASESORAMIENTO AL MANDO

II.1. El esquema orgánico y funcional de una asesoría jurídica de Operaciones. El asesoramiento al Mando: la cadena de Mando

El asesoramiento al Mando se realiza desde los inicios mismos del requerimiento de participación por parte de NN.UU., siendo en síntesis una labor ardua⁷⁶⁰. Es necesario tener presente que la política de NN.UU ante hechos de violación de la Ley Nacional donde se está operando (y de transgresiones a la Legislación Internacional o por actos de indisciplina de los miembros del personal militar que actúa como integrantes de su organización), es la de que sean enjuiciados bajo la legislación de sus propios países (*Ley de Bandera*), teniendo en cuenta a este respecto que en el curso de las Operaciones y *por imperativos de necesidad militar*, la que reúne en sí el aforismo “*inter arma silent leges*”, no siempre podrán ser inmediatamente repatriados... Pensemos que en materia de seguridad creemos que es positivo el que siempre se deban de contemplar hipótesis extremas, al límite, con las que haya que buscar soluciones legales posibles a modo de lecciones aprendidas.

Y es en este último supuesto y con arreglo a dicho método donde se advierten con más clarividencia los puntos del siguiente guión:

II.2. La problemática operacional

1. En primer lugar, la inteligencia ya es un gran problema⁷⁶¹. La imparcialidad ínsita de las Fuerzas de Paz anula toda posibilidad de tener Agencias propias para la búsqueda de información. Por lo tanto, la mayoría de las veces se ven limitadas para satisfacer esta necesidad simplemente con los datos aportados por los propios países donde se desarrolla la operación, toda vez que -por lo general- dicha información será incompleta, sesgada y parcial. 2. En cuanto al control operacional de las Fuerzas, la principal restricción la constituye la emisión de las Reglas de Enfrentamiento (en adelante, ROE). Si bien éstas se basan en el

⁷⁶⁰ Analizar el Mandato de NN.UU para determinar su compatibilidad con la legislación nacional. Participar en la confección del Memorándum de Entendimiento (MOU) entre el país que aporta las Fuerzas y NN.UU, el cual regula los procedimientos legales, administrativos y logísticos para ello. Participar en la confección de la Carta de Asistencia Operativa (LOA) entre el país que aporta las Fuerzas y NN.UU, que tiene las características de un contrato. Participar en los requerimientos a ser incluidos en el *Acuerdo del Status Operativo de la Fuerza* (SOFA), suscrito entre las NN.UU y el país donde se desarrolla la Operación de Paz. Este es un documento donde se incluyen, entre otros temas, Inmunities, jurisdicción legal y procedimientos que se aplicará al personal de NN.UU a consecuencia tanto de hechos derivados de su desempeño en la operación como por circunstancias particulares ajenas a ella.

⁷⁶¹ Otros problemas ya más propiamente jurídicos en **PERRUCA ALBADALEJO, V.** (2004) “*La Corte Penal Internacional y su afectación al Derecho Militar*”, trabajo presentado el año 2004 en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos de Madrid y cuyo resumen fue posteriormente publicado en la sección de artículos doctrinales de Derecho Internacional de noticias jurídicas.com (el 1 de diciembre de 2007). **Vid Anexo I.**

Mandato dispuesto por NN.UU., se da el caso de que ellas a su vez no deben contraponer la propia legislación particular de cada país participante, ya que se negarán a cumplirlas. Es decir, lo que para un país es permitido puede ser objetable para otro a través de “reservas” o “restricciones” (*caveats*). Ello produce largas negociaciones⁷⁶², que limitan el actuar general de la fuerza. 3. El mando y control es otro aspecto delicado, especialmente cuando actúan fuerzas multinacionales de carácter heterogéneo y disímil procedencia, situación que restringe, interfiere y dificulta una adecuada interoperabilidad. La correcta identificación en función de lo prescrito por el Derecho Internacional Humanitario podrá ser crucial para la seguridad. 4. Otra limitación la constituye el hecho de que cualquier cambio al Mandato original de NN.UU, requerirá la previa aprobación del país participante para que sus Tropas sigan actuando, lo cual generalmente es materia de Ley en muchos Estados. Esto retrasa y limita los re-despliegues o la reasignación de funciones al personal participante. 5. Dentro del ámbito de la Corte Penal Internacional, tal como señalan **LIROLA DELGADO Y MARTÍN MARTÍNEZ**⁷⁶³, en su comentario al Estatuto de Roma (ER) de 17 de Julio de 1998 advierten de que se debe de ser consciente de que “la mera posibilidad de que se confirmen los cargos contra un acusado *in absentia* y sin asistencia letrada resulta incompatible con el derecho a un juicio justo, máxime cuando además la Sala de Cuestiones Preliminares puede “*dictar providencias respecto a la revelación de la información a los efectos de la audiencia*” (artículo 61.3 del ER). De ser así se perjudicaría el derecho a la defensa del acusado, ya que podría privársele de la información necesaria para impugnar los cargos y las pruebas presentadas por el fiscal, así como para presentar otras pruebas de descargo (art.61.6 del ER)”. También las mismas autoras señalan cuatro deficiencias más en relación con el derecho a la defensa⁷⁶⁴. 6. **ALLÍ TURREÍAS**⁷⁶⁵, al hablar de las fricciones jurídicas de los Ejércitos multinacionales, afirma que “(...) Como es lógico, en el caso de fuerzas aliadas en ejércitos multinacionales —cual es el futuro de la citada Fuerza Rápida Europea, cuyo embrión es el Eurocuerpo— lo ideal sería un SOFA propio

⁷⁶² Un ejemplo lo puede constituir el plantearse si las Fuerzas Armadas están nacionalmente autorizadas en la lucha contra el comercio ilegal de drogas. **Vid Anexo I.**

⁷⁶³ **LIROLA DELGADO, I y MARTÍN MARTÍNEZ M.M** (2001). *La Corte Penal Internacional, Justicia versus impunidad*. Barcelona, Editorial Ariel Derecho.1ª Edición, p.192 *in fine*.

⁷⁶⁴ A. Que ese derecho en la fase de investigación se supedita a “*que sea necesario en interés de la Justicia*” (art.61) a juicio de la Sala de Cuestiones preliminares.

B. **La permitida posibilidad estatutaria de su interrogatorio sin presencia letrada.**

C. Que puede ser interrogado sobre hechos que desconoce cuando así lo ordene la Sala de Cuestiones preliminares, lo que puede acarrearle indefensión.

D. No se sabe por el Estatuto cuáles son las consecuencias de una mala instrucción.

Para una mayor profundización en este ámbito, en internet se puede encontrar la Tesis Doctoral de **BELTRÁN MONTOLIU, A.** (2008) *El Derecho de Defensa y la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional*. Universitat Jaume I. Tesis Doctoral (dirigida por el catedrático de Dº Procesal Juan Luis Gómez-Colomer). ISBN: 9788469215562. Valencia.

⁷⁶⁵ **ALLÍ TURREÍAS, J.C** (2002). “*La política exterior española en el marco de la política exterior de la Unión Europea (UE). Algunas cuestiones jurídicas sobre el Euro-ejército y la “política exterior de seguridad común” (PESC)*”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 2 -1., pp.195-196.

y único para esa unidad. En él se han de establecer normas jurídicas de varios tipos: jurisdiccional (régimen penal y procesal); civil, y administrativo- fiscal, principalmente”⁷⁶⁶.

III. EL ASESORAMIENTO AL CONTINGENTE

III.1. El alcance del servicio

La asistencia letrada abarca el más amplio contenido en los ámbitos de asesoramiento jurídico⁷⁶⁷. Lo más práctico para un Jefe de Contingente es que para satisfacer la moral colectiva de Aquél, antes de partir a Zona de Operaciones, todas estas cuestiones estén solucionadas⁷⁶⁸ de antemano por el propio interesado.

III.2. La capacitación

Hay variedad entre países⁷⁶⁹. En los procedimientos propios que NN.UU. ha fijado para estas actividades, específicamente ha definido tres niveles de capacitación para el personal involucrado: el estratégico - referido al establecimiento de los Objetivos Políticos de la Naciones Unidas y los Mandatos para las Misiones de Paz-, el operacional - referido a los conocimientos necesarios para transformar un Mandato de Misión de paz en un plan operacional, la obtención del personal necesario para su ejecución y la “implementación” de medidas tanto administrativas como logísticas para su cumplimiento-, y el táctico - referido a las necesidades particulares que requieren los individuos y las unidades que desarrollan la operación de paz-. Habría que sumar a todos ellos el nivel jurídico. De ahí que expongamos el siguiente apartado.

III.3. Los aspectos esenciales en la capacitación

1. Las Operaciones de Paz no son un problema de simple aplicación de normas de comportamiento o Reglas de Enfrentamiento como normalmente se podrían catalogar. *Son algo mucho más complejo ya que modifican radicalmente los conceptos de actuación normal para un militar.* El desafío es inculcar un punto de

⁷⁶⁶ Vid. Anexo I.

⁷⁶⁷ Vid. Anexo I.

⁷⁶⁸ Si bien la mayoría de actos personalísimos se pueden prever y preparar con anticipación (testar, apoderar, etc.) *quizá sea el supuesto más claro donde solo una vez allí no se pueda de antemano preparar sino solo ya ejecutar como tal, con los problemas que ello conlleva si no se quiere vulnerar la “fundamentalidad” de tal derecho*, el caso del voto por correo de nuestro sufragio electoral libre, directo y secreto con motivo de elecciones.

⁷⁶⁹ Los juristas desplazados a Zona de operaciones suelen ser en España titulares en activo del Cuerpo Jurídico Militar *a diferencia de otros países* donde sus integrantes pueden ser abogados contratados, militares licenciados en derecho (que estén incluso en la reserva), o de las dos clases para que formen parte de un sistema de composición mixta.

vista completamente diferente: el soldado que ha sido entrenado para la guerra debe ahora, sin embargo, “impedirla” por todos los medios. 2. Aspectos como la agresividad propia en todo hombre de armas, y aunque no exclusiva en ellos, no será aquí lo más característico en una Operación de Paz. Sin embargo, como militar debe estar en condiciones de actuar ocasionalmente en acciones de combate, también los que vayan con ellos, lo cual contrasta con lo anterior y presenta un difícil dilema que deben afrontar los Comandantes durante la operación. 3. Las operaciones en zonas urbanas es otra particular forma de entrenamiento que debe ser incluida en la preparación de las fuerzas, considerando que muchas de sus actividades se desarrollan dentro de ciudades o áreas pobladas. 4. La preparación y el apoyo a la familia del personal que participa en Operaciones de Paz es otro aspecto de importancia a tener en cuenta tanto durante la fase de capacitación en el país como posteriormente durante el período de ejecución de la misión. 5. Uno de los principales problemas es todo lo concerniente a aspectos de asuntos civiles, lo que requiere de técnicas especiales, como son entre otras las de negociación. Como ejemplo más extremo tenemos la Negociación y comportamiento en caso de captura y secuestro por parte de fuerzas irregulares, sobre todo si se utilizan por el adversario como “escudos humanos”. 6. El papel relevante del “abogado”. *En la práctica*, sea militar o civil, así se le suele llamar también en las Operaciones⁷⁷⁰.

IV. LOS MODELOS BÁSICOS DE ASISTENCIA JURÍDICA: ANÁLISIS COMPARADO

A la pregunta de cuándo y en qué casos un jurídico militar podrá actuar en mérito de su propia profesión, tal cual, también como abogado propiamente dicho *de los militares con los que se desplace*, nos vamos a centrar fundamentalmente en el estudio de la asistencia jurídica militar anglosajona, que es la que en tal sentido nos consta, para distinguirla de la meramente asesora española que se ha

⁷⁷⁰ Determinadas situaciones, dada la grave connotación legal que pueden tener, así el de la extradición o no de una persona en virtud del principio *aut dedere aut punire* (extradita o juzga), el de la aplicación o no a un caso de la jurisdicción universal, el sistema de penas y su cohesión con el estándar mínimo tolerable propio de los derechos humanos, las condiciones penitenciarias de su ejecución, los estatutos bélicos aplicables (prisionero de guerra, delincuente, mercenario, espía, interno civil, ...), etc. ha hecho que los países participantes en Operaciones de Paz asignen “abogados” a las unidades desplegadas, los cuales por lo general solo directamente han asesorado, aunque no representan procesalmente (*ius standi*), a los mandos operativos involucrados. Este personal asesor –sea en línea de principio civil o militar- debe tener la preparación necesaria en Derecho Internacional, si puede ser además el propiamente Militar, y en procedimientos legales de las NN.UU, así como también ser instruidos en forma especial en aspectos geopolíticos del área donde serán desplegados. Asimismo, para la mayoría de países su condición militar es requisito imprescindible, cuestión que aquí no ponemos en duda, dado que, al igual que el resto del personal participante, debe estar en condiciones de enfrentarse a acciones de combate aunque sea en defensa propia. *Salvo que inventemos otro modelo, aquel donde también el asesoramiento jurídico en Zona se pueda externalizar, creemos que esa es precisamente en su contexto la verdadera esencia histórica y española del Cuerpo Jurídico Militar.*

acabado de mencionar. Partamos de la base de que en nuestro país, por aplicación del art.1⁷⁷¹ de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, sobre asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas, tras afirmar que la asistencia jurídica consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus ordenamientos autónomos corresponde a los Abogados del Estado, reconoce que *en el ámbito del Ministerio de Defensa y de sus organismos autónomos*, ese asesoramiento jurídico corresponde a los miembros del Cuerpo jurídico Militar. Pero una cosa es asesorar y otra asistir, incluso en juicio. Hablamos de “proceso”.

IV.1. Una pincelada al modelo francés

Nuestro modelo de asesoramiento jurídico internacional puede decirse así que contrasta en su debilidad con el francés, por ejemplo. En este país la Dirección de Asuntos Jurídicos de su Ministerio de Defensa se subdivide en cuatro Subdirecciones (una de derecho Público y privado, otra de lo contencioso, otra de asuntos penales militares y la última de Derecho Internacional y europeo). La relativa a Asuntos internacionales y europeos se compone de tres unidades: una de Derecho Internacional Público General, otra de Derecho Europeo y la última de Derecho de la Guerra, cada una de las cuales se compone de cinco juristas⁷⁷².

IV.2. El modelo británico

Historia y simbología. Su Cuerpo Legal de Ejército (ALC, siglas del “*Army Legal Corps*”), el más pequeño de todos ellos, existía como rama independiente antes de 1992. Ese año, concretamente el día 6 de Abril, este Cuerpo se convirtió en la “Oficina”⁷⁷³ de Servicios Jurídicos del Ejército⁷⁷⁴. Estructura. El Director General

⁷⁷¹ 1. La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos, así como la representación y defensa de los Órganos Constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, de cuyo Director dependen sus unidades, denominadas Abogacías del Estado. No obstante, el asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los Organismos autónomos adscritos al mismo corresponderá a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, (...). Todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas por la legislación a los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, así como de las funciones atribuidas por su normativa a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores como órgano asesor en materia de Derecho internacional. (...) 5. La actuación de los Abogados del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, ante la Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como, en su caso, ante los Tribunales y Organismos internacionales en los que actuasen en representación del Reino de *España*, se ajustará a lo dispuesto en la normativa específica en cada caso aplicable y, en su defecto, a lo dispuesto en la presente Ley. 6. Para la representación y defensa del Estado *español* ante las jurisdicciones de Estados extranjeros se estará a lo establecido en la presente Ley y demás disposiciones vigentes y a lo que, en su caso, se determine reglamentariamente.

⁷⁷² *Juris Info défense*, nº 31, Mayo de 1999, Secrétariat Général pour l'Administration.

⁷⁷³ Vid Anexo I.

⁷⁷⁴ Mantiene pese a ello una identidad e insignia propias donde -respecto a ésta- figura como lema “*Justitia in armis*”, aseveración que teniendo como pie el Cuerpo al que va referido (*Army legal Corps*) circunda en su dibujo a un mundo paralela y meridiano representado, que está

de esos servicios jurídicos del Ejército es un General de División del que dependen tres (3) Generales de Brigada, cada uno de los cuales tiene bajo sus órdenes a ocho (8) Coroneles, treinta y ocho (38) Teniente Coroneles, treinta y ocho (38) Mayores y treinta y ocho (38) Capitanes, lo que hace un total de unos ciento veintiséis miembros titulares como auditores del Ejército. Entre sus áreas de especialización está, primero, la Fiscal, que tiene su sede en el noroeste de Londres (Oficina del Reino Unido en la RAF Northolt) y no pertenece a la rama de asesoramiento propiamente dicho por cuanto que siendo un General de Brigada quien la organiza resulta que, como jefe de ese “*staff*”, es quien dispone de sus auditores para componer las Mesas, puede intervenir a efectos fiscales en la Corte Marcial y, en su caso, demanda también ante la Corte civil británica, por lo que puede procesalmente actuar asimismo como demandado en el Tribunal de Apelación Civil y representar a la Corona en la Corte Marcial. En segundo lugar están los asesoramientos sin autonomía propia, en el sentido de que *su faceta consultiva sólo la tiene en su favor, como en España, la cadena de mando de su Ejército*⁷⁷⁵. Por ello, en tercer lugar, el operacional, cuando el Ejército se despliega en cualquier maniobra⁷⁷⁶, por pequeña que sea, necesita además de asesores legales con conocimiento acreditado de las cuestiones más sensibles, sobre todo en Derecho Internacional Militar, y, si es posible, como experto de la legislación local del país en cuestión. El auditor británico especialista en Derecho Internacional Militar desdobra su cometido al que es más propio de cualquier diplomático, esto es, incluso se dedica no sólo a asesorar sino a redactar Acuerdos Internacionales de importancia similar o igual incluso a la de los Tratados, o bien

atravesado por dos sables, aquellos a cuyo frente, y dándoles la espalda, una dama, la de la justicia, que a su vez está ceñida y castamente embatada, bajo el peso de una corona británica leonada sostiene en la mano de su brazo derecho extendido la espada de las armas y en el izquierdo, a igual nivel y de la misma forma, la balanza que simboliza la Justicia.

⁷⁷⁵ En este sentido hay oficiales de asesoramiento en todas las grandes sedes del Ejército británico en todo el mundo y que, ya sea en materia administrativa, disciplinaria y penal, tales auditores aconsejan a cualquier Comandante de las armas sobre cómo deben iniciar los procedimientos disciplinarios al personal bajo su mandato sin perjuicio de hacerles también saber las políticas del Ejército en todos los órdenes: es decir, las acciones administrativas a tomar contra cualquier sospechoso transgresor de una norma, cómo el Ejército debe hacer frente a cualquier queja, las leyes laborales relacionadas con la Institución, etc. de tal forma que, en aras de evitar discriminaciones del mismo personal por razón del lugar, su trabajo está y tiene que estar coordinado necesariamente con el Estado Mayor de más alto rango militar y no solo el de carácter local.

⁷⁷⁶ Además, en este caso las rigideces propias de la cadena militar de mando (el “debido” conducto reglamentario) se relajan en el sentido de que todos los Comandantes del Ejército, de cualquier nivel por pequeño que sea, tienen ya un acceso directo a la consulta sin traba alguna, compromiso que cada vez más está aumentando sobre el terreno por las necesidades de apoyo hacia la Fuerza Nacional cuando Ésta, a menudo, actúa asociada a operaciones ONU, OTAN o alianzas similares. Téngase en cuenta además que, en cuanto al modelo profesional de carrera de tales auditores británicos, especialistas en Derecho Internacional Militar y de la Guerra, deben de haber alcanzado al mismo tiempo y, por lo menos tácitamente, un nivel solvente mínimo de las ramas que le preceden (penal, administrativa,...) puesto que su consejo debe ser polifacético, y lo más omnicompreensivo posible como para que su consejo sea eficiente, y por camaleónico, también eficaz.

negociarlos como puede ocurrir con los Acuerdos sobre los Estatutos de la Fuerza (SOFAS), arreglos técnicos, etc. Se entiende que no desmerece su labor oficial el que, a diferencia de España y en proximidad con Norteamérica, también por el propio Ejército, por un lado, se prevea una asistencia legal y de asesoramiento directo a todo militar británico en cualquier parte del mundo mediante el llamado “Ejército de asistencia legal” (ALA⁷⁷⁷), Ejército del *Británico* que teniendo su Cuartel General, sin embargo, en *Alemania (Cuartel Catterick de Bielefeld)*, bajo la supervisión del Comandante del ALA (para evitar cualquier posible conflicto de intereses) sus cinco oficiales británicos y otros tantos auxiliares alemanes se atreven con consultas sobre Derecho de Familia y de Obligaciones (deudas y créditos, por ejemplo), aunque al parecer tiene por norma no entrar en aspectos tan delicados en esos campos como puedan ser las adopciones de niños, los testamentos y sucesiones, y los derechos de la propiedad. *El principio, pues, que guía este servicio, es servir y ayudar siempre que se pueda a los militares desplazados en el extranjero mediante el consejo gratuito, condición esta última que no alcanza cuando se trate de realizar actuaciones ante Tribunales porque no hay ayuda financiera posible del Ejército.* Por otro lado, los Oficiales de este tipo de asistencia al militar inglés, como mínimo Capitanes, son nombrados por una “comisión de servicio” que puede durar en principio desde cuatro (4) a los ocho (8) años y sin perjuicio de que puedan servir en activo durante dieciocho (18) años, a su vez prorrogables hasta un total de treinta y cuatro (34) años, también de servicio, siempre que no pasen ya de los sesenta años de edad.

IV.3. El modelo norteamericano

IV.3.1. Su Historia

Hoy en día la evolución de los servicios jurídicos en las Fuerzas Armadas Norteamericanas ha recorrido un largo camino desde sus inicios; es decir, prácticamente desde la II Guerra Mundial. Pero la idea en sí es anterior. Aunque sea remoto, como origen del “seguro de vida”, por ejemplo, ya *Abraham Lincoln* de alguna manera lo gestó cuando antes de que batallasen prometía a militares y veteranos el cuidar por ellos a las viudas y huérfanos que dejaran. En 1940, en colaboración con la Asociación Americana de Abogados (ABA), las Fuerzas Armadas de los EE.UU comenzaron a prestar asistencia jurídica básica a sus miembros⁷⁷⁸. En respuesta de la creciente demanda de esta época fue *La Ley de Ayuda Civil a soldados y marineros*. Esta Ley fue aprobada por el Congreso para proporcionar vías de recurso y de socorro a sus militares⁷⁷⁹. Sin embargo, tres años más tarde, en un enfoque más global, el Ejército y la Marina estadounidenses

⁷⁷⁷ Para obtener más información se puede consultar <http://www.army.mod.uk/agc/9935.aspx>.

⁷⁷⁸ ARQUILLA, A F. (1993). “*The New Army Legal Assistance Regulation*”, ARMY LAW, at.4.

⁷⁷⁹ BLAKE, M J. (1951) “*Legal Assistance for servicemen: a report of the survey of the legal profession 9*”.

adoptaron un *Plan Uniforme* para proporcionar servicios legales a los miembros del servicio. Este Plan marca el inicio oficial de los servicios legales de las Fuerzas Armadas y cuyos integrantes conocemos popularmente como "JAG" (Judge Advocate General, traducido como "Abogacía General de la Marina de los Estados Unidos"). Al finalizar la II Guerra Mundial los militares estadounidenses y la ABA decidieron que ese servicio debía de prestarse *permanentemente*.

Tras el establecimiento formal de un programa de asistencia legal militar y permanente en 1943, el Ejército comenzó a ofrecerlo a sus soldados y familiares más directos de forma variada pero limitada. En 1969 la ampliación de los servicios jurídicos militares consiguió un salto cualitativo cuando el Congreso de los EE.UU aprobó⁷⁸⁰ la enmienda de la Ley (*Act*) *Carey*, la cual consistió en hacer elegibles a algunos miembros militares y sus familias para recibir servicios civiles de abogados que trabajaban en la Oficina de Oportunidad Económica (OEO), algo así como un **turno de oficio** directamente dependiente del Departamento de la Defensa, El cual asumía su coste⁷⁸¹. En 1973 este programa⁷⁸² piloto fue aprobado con carácter ya permanente, aunque a mediados de los setenta⁷⁸³ el apoyo a esta clase de programas disminuyó. Unos diez años después, en 1984, el Congreso aprobó una normativa⁷⁸⁴ que previó una autorización ya específica y no permanente para la ayuda a los programas militares de asistencia legal. Llegamos así al año 2003 cuando se aprobó una reforma de ELAP que, movida por la vieja preocupación de la ABA de que ese sistema les "quitara" clientes, se restringía la elegibilidad de militares beneficiarios del sistema ELAP sólo a los supuestos de la "pobreza" expresamente prevista como tal, así como por el hecho contemplado de que suela faltar incluso en los Ejércitos personal especializado para llevar a cabo tal clase de servicio.

⁷⁸⁰ S.3016, 91st Cong, 1st Sess. (1969) (Carey Amendment) amending & 222(a) (3) of the Economic Opportunity Act of 1964.

⁷⁸¹ En este sentido previamente **el Comité McCartin** hizo tres recomendaciones, a saber: (A) Que en un futuro el programa existente de asistencia jurídica se ampliara, (B) Que los servicios de asistencia legal militar del Departamento se proporcionarían a los militares en activo y familiares directamente dependientes cuando no pudieran pagar honorarios de defensa por sí mismos, y (C) que se estableciera un programa (piloto) de prueba, con la conformidad de ABA a la ampliación de servicios propuestos.

⁷⁸² Annual Report of the Standing Committee on Legal Assistance for Servicemen. (1975). 100 ANN. REP AM. BAR ASS'N 801.

⁷⁸³ Id.at 801.

⁷⁸⁴ 10 USC &1044 (10 US Code &1044, visualizable por Internet: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/1044>).

IV.3.2. El peculiar Programa Norteamericano de Asistencia Legal Ampliado (ELAP)

Derecho Comparado. La ABA, la Asociación de Abogados Americanos (ABA) tiene definido el rol de un abogado. Lo hace en sus reglas sobre el Modelo de Conducta Profesional. Lo define, en suma, como aquel “hombre de bien”⁷⁸⁵ que puede asesorar, promover, negociar y evaluar respecto a otro. Atendidos estos principios a la asistencia legal y jurídico-militar se parte de la base de que dicha labor la puede realizar, en línea de principio, tanto un militar como un civil.

IV.3.3. Alcance del servicio El Programa Ampliado de Asistencia legal

Los JAGs y el ELAP. Pues bien, el Departamento de Defensa de los EE.UU *ha trabajado en estrecha colaboración con los Colegios de Abogados Locales y Nacionales.* El resultado de tal colaboración, esto es, el Programa “Ampliado” de Asistencia Legal, también llamado “ELAP”, ha sido institucionalizar políticas que permitan a este especial justiciable, el soldado o marinero, estar representado legalmente ante un Tribunal administrativo o penal estatal por un militar especialista en leyes, perteneciente a un Cuerpo del Estado, pero independientemente y de la forma en que lo hacen para cualquier civil los abogados expresamente licenciados como tales. Es decir, no hay como en *España* una clara incompatibilidad al respecto, sino que se remueve.

Aunque este programa ha tenido cierto éxito, sin embargo, la mayoría de los Estados norteamericanos no permiten ninguna licencia a los “abogados militares” (JAG) para el acceso profesional de su asistencia legal en toda clase de Tribunales. Dicho programa abarca situaciones donde tal clase de abogado aparece en la Corte como un miembro más del Colegio de Abogados del Estado donde se encuentra el Tribunal, así como situaciones en las que tiene un acceso limitado en tal foro. Por tanto, no es un servicio único y total sino que habrá que ver sus clases y evolución.

⁷⁸⁵ Si se leyera su preámbulo uno se advertiría de que, *siempre dentro de las reglas de la buena fe:* (1) **como asesor** proporciona la comprensión informada de los derechos y obligaciones de su cliente, así como la explicación de sus implicaciones prácticas; (2) que **como promotor** de la causa de su cliente afirma celosamente su posición en virtud de las normas del sistema acusatorio; (3) que **como negociador** busca un resultado ventajoso para su cliente haciéndolo compatible con los requerimientos propios de un trato honesto a los demás; (4) y **como evaluador**, examina sus asuntos legales emitiendo informe y salvaguardando los datos confidenciales, todo ello de acuerdo con su experiencia y proponiendo todas las alternativas al problema porque la Ley debe interpretarse en la misma medida que aplicarse (operación que en la mayoría de las ocasiones no debe ofrecer dificultades si dicha Ley no necesita desarrollo (*self executing*), el intérprete es recto o Aquélla buena, porque solo entonces dicha operación es cuando suele ser ya simultánea).

IV.3.4. Una doble aproximación crítica al sistema norteamericano (por Ejércitos y por Estados)

Atendiendo a las directrices de la reglamentación sobre este tema, en lo que a política del Ejército se refiere, aquélla no sólo autoriza la Asistencia legal del abogado militar (de forma que no la requiere) para representar tal clase de clientes en Tribunales civiles, sino que además estipula una serie de limitaciones⁷⁸⁶. Una política similar⁷⁸⁷ es la de la Marina e Infantería de Marina⁷⁸⁸. Por su parte, al JAG de la Fuerza Aérea Estadounidense se le prohíbe⁷⁸⁹ representar a clientes en un “Tribunal” o en un “procedimiento administrativo”, por lo que está claro que sus miembros se oponen a la aplicación de un ELAP. Una primera conclusión es clara. Por ejércitos el grado de permisibilidad legal para que un JAG represente procesalmente a un militar estadounidense tiene el siguiente patrón: es mayor en la Marina que en el Ejército de Tierra y en éste que en el de Aire, y se sujeta a limitaciones tales como que no haya ningún conflicto de interés con el Ejército que le aporta ese servicio, que se obtenga un beneficio de pobreza investigado, y que se trata de un sistema subsidiario al de los propios medios del cliente militar.

Desde el punto de vista de los distintos estados norteamericanos diferentes jurisdicciones estadounidenses permiten que “abogados militares” realicen asistencias legales para representar al soldado en los Tribunales por casos relacionados con el servicio que realizan. Se adelanta que el alcance de esa permisión, normativamente, varía mucho. Es decir, aunque algunos Estados ofrecen a esos Abogados pautas tan útiles como amplias para realizar su trabajo en el sentido que se ha expuesto, por el contrario, otros Estados les imponen tantas trabas que hacen inviable su labor en foro judicial. *Vistos los regímenes de*

⁷⁸⁶ Son: 1. La representación ante el Tribunal se limita a los clientes “pobres”, es decir, que experimenten dificultades económicas importantes para la contratación de un abogado civil. 2. La aprobación de la representación letrada militar caso por caso: por tenerse que considerar factores tales como los posibles conflictos de interés y el impacto de la representación en el Tribunal sobre la calidad o disponibilidad de otros servicios. 3 La prohibición de la representación ante el Tribunal para todos los procedimientos de justicia militar y todos los que sean civiles de carácter penal, con la excepción de aquellos casos que se juzguen en una instalación militar (Bases) por un Juez Militar de los EE.UU., que aquí sí caben como dan fe de su realidad muchas películas.

⁷⁸⁷ La Marina JAG Instrucción 5800.7E, Manual del Auditor General (JAGMAN), y JAG Instrucción 5801.2.A, (Manual) de Asistencia Jurídica. Ambas Instrucciones visualizables por Internet (www.marines.mil/Portals/59/Publications/JAGINST).

⁷⁸⁸ Permite, pero no exige, que el JAG represente a clientes de tales Cuerpos en materia civil y ante una Corte civil, y además solo para clientes que no se puedan permitir un abogado privado. No obstante, es menos restrictivo aún: en ausencia de pruebas de dificultad financiera permite la representación del JAG en el Tribunal si el caso es “clónico” porque implica además un problema importante que afecte a otros miembros militares del servicio. Finalmente, la Marina deja claro que el ELAP es un programa de carácter subsidiario (al que se pueda proporcionar por sus propios medios el interesado).

⁷⁸⁹ US Dep’t of Navy, JAG Instr.5801.2A, Legal Assistance Manual sec.8-1c (26 Oct 2005) (hereinafter Navy Legal Assistance Manual).

*Alaska*⁷⁹⁰, *Mississippi*⁷⁹¹, *Colorado*⁷⁹², *Rhode Aisland*⁷⁹³, *Utah*⁷⁹⁴, *Washington*⁷⁹⁵, *Hawai*⁷⁹⁶, *Pennsylvania*⁷⁹⁷, *Virginia*⁷⁹⁸, *Florida*⁷⁹⁹, y *California*⁸⁰⁰, en suma, puede decirse que estos programas de asistencia jurídico-legal representan una gran herramienta para hacer cumplir los derechos de los miembros del servicio militar que no estén en condiciones de poderse costear una representación privada, de forma que con sus diferentes matices estatales la asistencia legal estudiada tiene un contenido desdoblado entre aquello que puede realizar y lo que no⁸⁰¹.

V. EL MODELO ESPAÑOL

¿Le es suficiente a nuestros soldados la inmunidad judicial para resolver sus problemas cuando, con motivo de operaciones de seguridad, se desplazan a zonas de conflicto propias de Estados fallidos? Creemos que no. Pensemos que, tal como ha manifestado el señor Juez Jambrek del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, si bien con ocasión de su comentario⁸⁰² al Caso Maillard (Oficial de la Marina que se queja de su mala evaluación) contra Francia de 1998, “(...) un punto a considerar es la (des)igualdad de trato. Los asuntos relativos a los derechos procesales del personal del Ejército y de la Policía plantean el problema de una desigualdad de trato entre estas personas y otras víctimas potenciales. No parece coherente excluir de la protección del artículo 6 a un soldado que formula una demanda de protección social y que es parte en un litigio con este propósito

⁷⁹⁰ Vid Anexo I. [Alaska](#)

⁷⁹¹ Vid Anexo I. [Mississippi](#)

⁷⁹² Vid Anexo I. [Colorado](#)

⁷⁹³ Vid Anexo I. [Rhode Aisland](#)

⁷⁹⁴ Vid Anexo I. [Utah](#)

⁷⁹⁵ Vid Anexo I. [Washington](#)

⁷⁹⁶ Vid Anexo I. [Hawai](#)

⁷⁹⁷ Vid Anexo I. [Pennsylvania](#)

⁷⁹⁸ Vid Anexo I. [Virginia](#)

⁷⁹⁹ Vid Anexo I. [Florida](#)

⁸⁰⁰ Vid Anexo I. [California](#)

⁸⁰¹ *Grosso modo*, podemos hacer la siguiente división. A. ¿Qué puede hacer un jurídico militar de los EE.UU en la asistencia legal? (Prestaciones) 1. Servir como abogado y asesor jurídico de un cliente militar elegible. 2. Elaborar y firmar la correspondencia en nombre de un cliente militar elegible. 3. Negociar con la otra parte o el abogado de ella. 4. Preparar documentos legales. 5. Cuando sea necesario, consultar las personas elegibles a un abogado civil. 6. Guardar la confidencialidad de datos propios del secreto profesional. B. ¿Qué no puede hacer? (Prohibiciones) 1. Proporcionar asistencia jurídica a personas que no tienen ese derecho. 2. Tiene prohibido proporcionarla a través de un tercero porque el abogado debe tratar directamente con el cliente, no un amigo o familiar de la persona asistida. 3. Ayudar o aconsejar a aquellas personas elegibles de los problemas jurídicos que tenga como cliente de negocios o intereses comerciales (materia civil). 4. Proporcionar representación en la Corte a un individuo, salvo en casos limitados. 5. *En circunstancias normales*, dar consejos por teléfono (asistencia telefónica). Creemos que un desplazamiento a Zona de operaciones no sería la circunstancia normal del militar y, además, hoy en día se suelen ofrecer tales servicios por internet. 6. Representar a dos partes en una controversia: la interdicción de un conflicto de intereses.

⁸⁰² Vid. Documento www.derechomilitar.com, Caso Maillard contra Francia, de 1998, sobre la inaplicabilidad del art.6.1 del Convenio de Roma a militares por cuestiones “no civiles”, es decir, por su condición de participar en el ejercicio del poder público.

por la simple razón de que tiene el status de funcionario. Debe también beneficiarse a mi parecer, de un procedimiento justo. (...)

Un estudio de Derecho Comparado disciplinario-militar más importante que este, cual es el de *George Nolte*⁸⁰³, ya manifiesta que “*existen aún numerosos puntos negros en el Derecho Disciplinario Militar*”. Debe tenerse además en cuenta que, sin atender a sus especificidades posibles en Misiones de Paz, si bien *Francia y España* tienen formuladas sendas reservas a los arts.5 y 6 del Convenio de Roma en relación a las medidas disciplinarias que se adoptan en el seno de las Fuerzas Armadas, *Italia* plantea problemas de acceso a los Tribunales ordinarios y de tutela judicial efectiva en relación al derecho disciplinario y que, en *Dinamarca*, por ejemplo, hasta se permite la imposición de sanciones disciplinarias sin la existencia de procedimiento contradictorio (“*punishment without trial*”). De acuerdo con la mayoría de los Estatutos de la Fuerza (SOFA) impera la regla de que “*el soldado lleva su propio ordenamiento en la mochila*” y, por tanto, esto hace que cuando se desplace sea también allí, en Zona de Operaciones, “acreditor y no deudor” del conjunto de derechos-deberes fundamentales de su ordenamiento. El problema –uno de tantos (así las aplicaciones o no extraterritoriales de los Convenios de Derechos Humanos)- es que, una vez integrado en Unidades multinacionales, por el Derecho Comparado al que acabamos de invocar, una *doctrina común* incluso en materia ya de Derechos Humanos que armonice su trabajo en Zona, según hemos visto, no existe. *En este punto, por ejemplo, algún autor*⁸⁰⁴ *de Derechos Humanos en estos ámbitos castrenses nos pone el ejemplo de pensar que un soldado no debe generalmente acatar una orden contraria a los derechos fundamentales de su ordenamiento y que el contenido del derecho fundamental puede variar de sistema a sistema en aspectos no desdeñables*. Pues bien, ya hemos advertido de que uno de ellos podría serlo, por ejemplo, el disciplinario militar en Zona de Operaciones, sobre todo -rizando el rizo- si además las tropas nacionales en esa clase de misiones o conflictos intervienen bajo el mando de Organizaciones Internacionales que asimismo estén lideradas por países que *en el ámbito disciplinario militar se diversifican en su contenido*. Por ejemplo, en cuanto al derecho de defensa, no es ocioso traer aquí a colación la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) conforme a la cual las garantías procesales constitucionalizadas en el art.24.2 de la Constitución son de aplicación al ámbito administrativo sancionador “*en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica (...). No se trata, por tanto, de una aplicación literal,...*” (STC 18/81,FJ 2º,

⁸⁰³ **NOLTE/KRIEGER.** (2003) “*Comparasion of European Military Law System*”.Berlin, De Gruyter. Recht, pp.141 y ss.

⁸⁰⁴ **NIETO MARTÍN, A.** (2009). *Los derechos humanos en el derecho penal militar y en la guerra*, p.13, profesor Dr. Del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional (UCLM) Revista General de Derecho Penal, ISSN-e 1698-1189, Nº. 11.

al final). La concreción en nuestra jurisprudencia de este principio general ha sido resumida en el FJ 5º de la STC 7/98, la cual, tras recordar que dicha traslación viene condicionada a que se trate de garantías “*que resultan compatibles con la garantía de procedimiento administrativo sancionador*” (STC 197/95, FJ 7º), donde se cita como aplicables, entre otros, el derecho de defensa que proscribiera cualquier indefensión (SSTC 4/82, 125/83, 181/90, 93/92, 229/93, 293/93, 95/95, 143/95) y el derecho a la asistencia letrada, a éste lo considera trasladable *con ciertas condiciones* (SSTC 2/87, 128/96, 169/96).

VI. CONSIDERACIONES PARCIALES

Hoy es cuando la Abogacía española presiona ya al Gobierno de la Nación y a las restantes profesiones jurídicas para que se normalicen las comunicaciones y notificaciones telemáticas en todas las Administraciones Públicas, especialmente en las de Justicia. *¿Por qué no en el caso del servicio que se les pueda prestar a los soldados cuando se desplazan al extranjero?* Creemos que es posible, pero con cautelas. Los peligros se centran en que un asesor militar del Mando, en *España*, tal como está configurada su Carrera Militar (vacantes y destinos, ascensos, etc.) carecería a nuestro juicio de la impronta de una necesaria confianza, libertad e independencia técnica para el caso de actuar como su “abogado militar”. Pensemos, de hecho, que ya la protección diplomática no es un “derecho” del ciudadano sino que la titularidad del mismo corresponde al Estado del que es nacional, por lo que cualquier defensa realizada en su favor en nombre de alguien que también es “Estado” suscita recelos o, en el otro extremo, hasta puede que “paternalismos”, pero siempre con un interés estatal latente de por medio. En este sentido la lógica del jurídico militar español no es tanto la de ser un verdadero letrado sino un instructor, Juez o Fiscal, en cualquier caso acusador. Por tanto, la vía de llevar a cabo sus consultas por internet y sus audiencias de asistencia por conferencias con un letrado que esté en la Patria es viable. Entre los camino que quedarían por recorrer, teniendo en cuenta que los Tratados y Convenios Internacionales sobre asistencia jurídica gratuita, por ejemplo, son Parte de ellos muy pocos Estados y que sólo se refieren a una asistencia “judicial”, pero no de otro tipo como la disciplinaria militar, creemos que no sólo no es suficiente la inmunidad judicial para que nuestros soldados vean resueltos sus problemas en el extranjero y con ocasión de estar viviendo como transeúntes en Estados fallidos sino que es preciso algo más. Ese “algo más”, por ejemplo, sería extender *in situ* una tutela judicial efectiva con asistencia letrada en los procedimientos de informaciones previas de hechos administrativos e incluso disciplinarios en Zonas de Operaciones, aspecto muy posible gracias a las nuevas tecnologías.

VII. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL. CONSIDERACIONES PREVIAS

La justicia universal es polémica por traspasar los límites de una jurisdicción nacional más allá de sus fronteras. En los últimos años esos límites están sufriendo cada vez más restricciones no sólo por las últimas medidas legislativas adoptadas o la interpretación que se haga de la Constitución sino fundamentalmente por las presiones políticas de cariz diplomático que gravitan sobre ella. La Justicia Universal consagrada hace años en *España* era prácticamente ilimitada a través del art.23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), pero a raíz de las famosas *Sentencias del TC sobre el Caso*⁸⁰⁵ *Guatemala* y el caso⁸⁰⁶ *Falun Gong* sufrió la primera restricción hermenéutica que más tarde fue aún más pronunciada al deber de interpretarse por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre de una forma sin embargo ya menos amplia a la que hasta entonces se venía haciendo, restricción que se recorta más aún a raíz de la “*reforma exprés*”⁸⁰⁷ iniciada con la aprobación en el Congreso el pasado día 27 de febrero de 2014 con el pretexto, expuesto en su Exposición de Motivos, de que “*han pasado cuatro años desde la mencionada reforma (del 2009) entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos en España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un Tratado Internacional que lo prevea y autorice, el consenso de la comunidad internacional(...)*.” El motivo de esa

⁸⁰⁵ **STS 327/2003, de 25 de Febrero** -(Recurso de casación nº 803/2001 interpuesto por *Rigoberta Menchú Tumm* y otros, así como la Asociación *argentina* y también la *española* de Pro-Derechos Humanos, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Asociación Libre de Abogados, y la Asociación contra la Tortura, donde fue Ponente el Magistrado D. *Miguel Colmenero Menéndez de Luarca*), con Voto particular, sobre los hechos ocurridos en *Guatemala* entre 1978 y 1990, que al afectar al pueblo maya como grupo étnico fueron calificados por los denunciantes como constitutivos de delitos de genocidio, terrorismo y torturas, significando que entre los hechos relatados en la denuncia se incluía el asalto a la Embajada en *España* en *Guatemala* en 1980, en el que fallecieron 37 personas, así como la muerte de los sacerdotes españoles *Faustino, José Ma, Juan y Carlos*, y de otras nacionalidades y de familiares de la denunciante- y **STC 237/2005, de 26 de Septiembre**, dictada por la Sala Segunda, en recursos de amparo y donde fue ponente D. *Guillermo Jiménez Sánchez* teniendo como núcleo de la controversia la interpretación restrictiva del art.23.4 de la LOPJ y el principio de jurisdicción universal allí establecido, con la consecuencia de negar, en todo o en parte, la competencia de los Tribunales españoles para determinados delitos (Genocidio, terrorismo y torturas) cometidos en los 70 y 80 en *Guatemala*. Este último Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre el **art.23.4 LOPJ** en **SSTC 21/1997 (FJ 3) y 87/2000 (FJ 4)**.

⁸⁰⁶ **STC 227/2007, de 22 de Octubre de 2007**, Sala Segunda, donde fue Ponente del recurso de amparo D. *Vicente Conde Martín de Hijas*.

⁸⁰⁷ A la **Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal**, de modificación de la LOPJ, así la denominan los medios de publicación, entre ellos el Mundo, por ejemplo. **Vid. El Mundo de 28 de Febrero de 2014, España, p.7.:** “*El PP liquida la justicia universal en dos horas*”.

evolución es que en un principio la justicia universal pretendida por *España* era prácticamente ilimitada porque podía estar prácticamente ajena a cualquier tipo de nexo de conexión (o prudencia) y, por tanto, era necesario minorar su alcance porque se corría el riesgo de que el juez *español* podía ser visto por parte de *la Comunidad Internacional* como “un justiciero transfronterizo sin límite soberano propio o ajeno alguno” y su justicia, en suma, como la versión reminiscente del final de “un peregrinaje más propio de una ya tardía jurisdicción metropolitana en las colonias”. Por tanto, además de lo requerido por la última reforma aludida, para que un Juez *español* conozca actualmente en mérito de la Jurisdicción Universal se exige hoy ya no sólo que se trate de los delitos⁸⁰⁸ más graves sino, además, que esté acreditado el que sus presuntos responsables se encuentren en *España* o que existan víctimas de nacionalidad *española*, o constatare algún vínculo de conexión relevante con *España* y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

VII.1. La naturaleza jurídica del art.23 de la LOPJ

Este artículo es de naturaleza fundamentalmente procesal, no penalmente sustantiva. En *línea de principio* podría entenderse por ello que no le sería objetable la *doctrina de la irretroactividad de la norma penal desfavorable*, es decir, que procesalmente sería también posible que la jurisdicción española conociera de cualquier asunto, por antiguo que fuera y por hechos que hoy se tipificasen como tan graves. No obstante, su universalidad procesal tiene límites: su origen no procede de *la Comunidad Internacional* sino de una fuente que es exclusivamente nacional y, por otro lado, la Seguridad jurídica ínsita a cualquier tipo de justicia⁸⁰⁹.

VII.2. Planteamiento de cuestiones suscitadas en torno a las reformas del 2009 y del 2014

Antes de la Reforma de 2009, al plantearse la jurisdicción universal por las disposiciones españolas el Tribunal Supremo, de acuerdo con el primer FJ de la

⁸⁰⁸ Es decir, *Genocidio y lesa humanidad, Terrorismo, Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces, Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España, y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de Derecho Internacional Humanitario y de protección de los Derechos Humanos, deba ser perseguido en España.*

⁸⁰⁹ El acceso a la jurisdicción constituye, según el **tercer párrafo del FJ 2 de la STC 237/2005**, “*un derecho de configuración legal (...), estando su ejercicio y su dispensación supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que el legislador haya establecido, (...)*”, entre los que en todo Estado de Derecho ya habría que contemplar los del Derecho Penal sustantivo y, por tanto, también *la doctrina de la irretroactividad de la norma penal desfavorable*.

STS 327/2003, ya dejó sentado que “La jurisdicción es una de las expresiones de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar (...). En este sentido tiene carácter previo a la competencia y *no puede ser confundida con ella (...)*”. Al regular la ley de forma expresa los supuestos de conflictos de jurisdicción (arts.38⁸¹⁰,39⁸¹¹ y 42⁸¹² de la LOPJ), entre los cuales está el caso de su planteamiento, por ejemplo, entre órganos de la jurisdicción ordinaria y la militar, el órgano competente para resolver semejante cuestión es el judicial que se sitúa al máximo nivel, ello sin perjuicio de que con arreglo al art.9.6⁸¹³ de la LOPJ se ordene a los órganos judiciales el examen *de oficio* de la falta de jurisdicción en su caso.

Por tanto, el conflicto jurisdiccional con carácter ya Internacional se trata, pues, de *un supuesto excepcional* en el sentido de que no está expresamente regulado por el legislador y es distinto a los conflictos de jurisdicción nacional a los que nos acabamos de referir porque consiste en la determinación del alcance de un poder del Estado *español*, el Poder Judicial, sobre hechos cometidos en territorios sometidos a la soberanía de otro Estado. Un ejemplo práctico sobre esta problemática⁸¹⁴ fue el siguiente: En el marco de la lucha contra la piratería reiniciada en este mismo siglo a raíz de varios sucesos -tales como el del *Sirius Star*⁸¹⁵ y el del *playa Di Bakio*, este último con una clara transcendencia para los intereses españoles-, no es ocioso recordar que con motivo de la *Operación Atalanta* y su finalidad de defender a los pesqueros españoles que faenan en la zona del Océano Índico, el día 06 de Mayo del 2009 fueron capturados en alta mar por el petrolero *Marqués de la Ensenada* un total de catorce presuntos piratas somalíes que habían pretendido asaltar un buque *de bandera panameña*. Inicialmente la Fiscalía estuvo de acuerdo en aplicar la jurisdicción universal

⁸¹⁰ Este precepto regula los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración.

⁸¹¹ Este otro precepto regula los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales de cualquier orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria y los órganos judiciales militares.

⁸¹² Este otro precepto regula los conflictos ya de competencia y no de jurisdicción como los anteriores, es decir, los conflictos **de competencia** que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial.

⁸¹³ La jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán *de oficio* la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente.

⁸¹⁴ Este ejemplo es anterior, pero en todo caso incluso muy cercano a la reforma legal del 2009 del art.23.4 de la LOPJ, y de ahí su importancia, habida cuenta que *también pudo ser el ambiente-fuerza por el que esa reforma del precepto también se llevó adelante*, lo que a nuestro juicio ya delataba la necesidad de su reforma jurídica, tal como defenderemos.

⁸¹⁵ Véase **PERRUCA ALBADALEJO, V.** “*La piratería en estados fallidos: criterios de jurisdicción penal*”, artículo publicado en noticias jurídicas.com, artículos doctrinales, Sección de Derecho Penal, enero de 2010, y de allí recogido también en la páginas web www.derechoecuador.com del miércoles 07 de enero de 2010, así como en El Diario o Revista Judicial ecuatoriana la Hora El Oro C-1 a C-3, edición de 22 de julio del 2010 y de 1 de octubre de 2010, ya incluso con imágenes fotográficas.

española con arreglo al art.23.4 de la LOPJ y el Juez de la Audiencia Nacional decretó a los detenidos o arrestados por la Armada española la medida cautelar sobre sus personas de “prisión provisional”. Sin embargo, lo cierto es que si acudimos⁸¹⁶ a la hemeroteca, se observará que por parte de la Fiscalía y a instancias de las presiones del Gobierno de entonces se tuvo que cambiar sorpresivamente su criterio de propuesta de prisión “por el de libertad” sólo a raíz de la invocación por el Ministerio de Defensa de *España* de un Acuerdo entre la UE y *Kenia*, como tercer Estado de la zona, y por cuya virtud y vigencia desde el 6 de Marzo de ese mismo año *Kenia* podía hacerse cargo de las personas capturadas por motivo de la piratería (para enjuiciarlas allí por sus autoridades africanas...); Acuerdo o “Canje de Notas” que, a diferencia de la Fiscalía, el Juez *Andreu* no sólo no entendía aplicable para *España* cuando tales personas capturadas se hallaban inmersas ya en un procedimiento judicial abierto por la jurisdicción española en mérito del principio de jurisdicción universal del art.23.4 de la LOPJ (por considerarla así preferente en todo caso, dado su origen de rango legal y no subsidiario en este caso), sino porque al entregarlos a *Kenia* para ser juzgados, según el auto del Juez, con ello “*se quebrantarían los principios constitucionales básicos del proceso y las garantías de quienes al mismo se ven sujetos*”... ¿Cuál es la conclusión, pues, del caos jurídico que se manifestó en torno a la jurisdicción universal por este incidente?

Entendemos que, al final, la solución que se adoptó constituye un precedente decisivo en la práctica de que el caso Playa Di Bakio y su solución final -tras los distintos criterios entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía de la Audiencia Nacional- manifestó que en *España* la jurisdicción universal del art.23.4 de la LOPJ, a diferencia de lo que se ha llegado a veces a sostener por parte de la doctrina, no es un principio consuetudinario estrictamente respetado por la práctica internacional de *España* ni de la UE, toda vez que incluso la *opinio iuris sive necessitatis* hasta entonces regularmente invocada en torno a ella, así también la de la propia Unión Europea con respecto a *España*, quedó disuelta como un azúcarillo en el café. Es más, para poder cubrir jurídicamente la solución que el Juez al final adoptó - que fue la de no archivar la causa e incluso la de decretar su libertad provisional...- se adoptó *a sabiendas* de que al llegar *el Marqués de la Ensenada* a *Kenia*, y habiendo transcurrido además unos cinco días, esto es, más de las setenta y dos horas máximas de arresto o detención que impone como

⁸¹⁶ Por ejemplo: en las **Revistas digitales El país.com de lunes 15 de noviembre de 2010**, 18:41 horas, refiriéndose al artículo titulado “*El Juez ordena la puesta en libertad de los piratas tras el cambio de criterio del fiscal*”, o en la Sección Internacional de **Libertad digital**, con el título (Caos judicial) “*La disputa entre Juez y Fiscal de la Audiencia Nacional propicia la puesta en libertad de los piratas*”, o en **noticia del 08 de mayo del 2009 de Lexur Editorial** haciéndose eco de Europa Press en torno al asunto, en **elmundo.es actualizado a lunes 11 de mayo del 2009**, 19:43 horas, en su sección de Defensa, bajo el título “*El Juez Andreu autoriza que los piratas desembarquen donde quiera Defensa*”, y la Edición de las 23:29 del Domingo **10 de mayo del 2009 Agencia Efe**, bajo el título “*El Ejecutivo recurre la orden del juez contrario al traslado de los piratas*”.

máximo la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, una vez sólo “desembarcados”, que no “entregados”, podían bien “fugarse” y quedar impunes, bien ser ya custodiados por las autoridades *keniatas*...⁸¹⁷.

Después de la reforma del 2009. Sólo por esta simple razón creemos que la Reforma del 2009 fue ya oportuna, más si cabe cuando ni nuestra legislación ni ningún Tratado, ni siquiera el de genocidio, recogen expresamente el principio de subsidiariedad jurisdiccional. Ante la lógica concurrencia de jurisdicciones al tener interés en la persecución y enjuiciamiento todos los Estados -cuyo fin es precisamente evitar la impunidad para estos casos (STC 237/2005, tercer párrafo del FJ3)-, frente a ese supuesto principio de subsidiariedad cabría anteponer unas reglas de prioridad entre las distintas jurisdicciones concurrentes, al menos, a través de los llamados nexos de jurisdicción. Por eso tampoco es baladí aludir aquí a la Sentencia de 12 de diciembre de 2011 de la Sala II de lo Penal del TS recaída por el famoso *Caso alakrana* y que, al paso de debatir sobre la cuestión de la oportunidad o necesidad de juzgar a los piratas *somalíes* en *España*, ha sido ya objeto de comentario por cierta⁸¹⁸ doctrina que entendemos es contraria a la anterior conclusión y que nosotros aquí tampoco vamos a compartir. El *Caso alakrana*, donde dos de sus autores fueron condenados por la Audiencia Nacional de *España* en Mayo de 2011, Sentencia que se confirmaría con la anteriormente citada de la Sala II de lo Penal del TS, puede constituir un ejemplo de lo dispuesto en el art.105⁸¹⁹ de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que subrayamos en su nota, a pesar de que, a veces, como ocurriese en *España*, existiese la laguna de no contemplar en el Código Penal de 1995 (CP) el delito de piratería como tal. Esta paradójica circunstancia, teniendo en cuenta que el art.23.4 de la LOPJ sí consideraba la piratería como un delito *de persecución universal*, hizo no sólo que se incorporase el delito de piratería al CP⁸²⁰ sino que tanto la Fiscalía como sobre todo la acusación particular vertebrasen antes de esa reforma la calificación de los hechos en otra clase de delitos semejantes por su relación con la delincuencia transnacional, *así entre otros el de terrorismo*. Otra

⁸¹⁷ Aquí no hacemos consideraciones valorativas sobre la rentabilidad económica, diplomática, militar u operativa y, sobre todo penal, de una operación como *Atalanta* si pensamos que, de hecho, además no se aplica el principio de jurisdicción universal.

⁸¹⁸ **BARRADA FERREIROS, A.** (2012). *Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el Caso Alakrana*, en documento marco 09/12 de 20 de junio del 2012, de la página web del Instituto Español de Estudios Estratégicos.

⁸¹⁹ “*Todo Estado puede apresar, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas a incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los Tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.*”

⁸²⁰ Reforma protagonizada por la **Ley O. 5/2010, de 22 de Junio** mediante la que se incorporó al Código un Capítulo dedicado a la piratería dentro del título de los delitos contra la comunidad internacional: **arts.616 ter y 616 quáter** a cuya lectura nos remitimos.

razón más, así, para la bondad de la oportunidad de la reforma a raíz del *Caso alakrana*. ¿Por qué? Porque la definición⁸²¹ de piratería de nuestro CP es distinta de la del art.101 de la Convención en el sentido de que, primero, se puede cometer no sólo en alta mar (la mar), y segundo, porque no requiere un ánimo personal de lucro. Respecto de la de la Convención la del CP *español* se trata de una tipificación mejorada a tenor de las actuales circunstancias dadas en el Océano Índico. Pero así como del *Caso del Achille Lauro*, crucero *italiano* secuestrado en 1985 en *el Mediterráneo*, no hubo duda de que sí se trataba de un caso de terrorismo a partir del cual y del 11-S nacieron los Convenios SUA⁸²² por afectar a la seguridad de la navegación marítima, el *Caso alakrana* no lo es de terrorismo sino de piratería pura y dura porque, en definitiva, pese a que la navegación marítima en uno y otro caso se vea igualmente amenazada lo cierto es que *la intención de sus autores era distinta*: no era, por ejemplo, la de derrocar o chantajear a ningún gobierno u organización o intimidar a una población sino la sólo delictiva de conseguir un lucro. Bien es cierto, no obstante, que pueda haber casos confusos en la calificación o que ésta sea dable para las dos clases de fenómenos: terrorismo y piratería. En cualquier caso, así como del *Caso Alakrana* ha conocido la jurisdicción española, aunque no por el delito hasta entonces inexistente de piratería propiamente dicha, no hizo lo propio respecto al *Caso de los buques Nepheli y Anny Petrakis* (rescatados de piratas por el buque de guerra *español Marqués de la Ensenada*, en mayo de 2009), por haberse aplicado el Acuerdo que tenía contraído la UE con *Kenia* antes de que entrara en vigor la reforma del 2009 del art.23.4 de la LOPJ que a su vez vamos a glosar.

Esto lo haremos no sin antes apreciar que, a diferencia de **BARRADA FERREIROS**⁸²³, nosotros no sostenemos que con arreglo al *segundo párrafo*⁸²⁴

⁸²¹ **Artículo 616 ter.** *El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.*
Artículo 616 quáter 1. *El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. 2.* Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión. **3.** En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.

⁸²² **Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la Navegación Marítima y el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental**, hechos en Roma el 10 de Marzo de 1988 (BOE nº 99, de 24 de abril de 1992), reformados por sendos Protocolos hechos en Londres el 14 de octubre de 2005 (BOE de 16 y 17 de septiembre de 2010), dando lugar a sendos **Textos Refundidos** publicados en el BOE de 14 y 15 de Julio de 2010.

⁸²³ **BARRADA FERREIROS, A.** (2012). Ob. cit. , pp.17 y 18.

⁸²⁴“**Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos...**”

del art.23.4 de la LOPJ, tras su citada reforma, dicho precepto *obligue* a declarar la competencia de los tribunales *españoles* para conocer de los delitos cometidos por piratas que sean apresados por buque de guerra *españoles* con independencia de su nacionalidad y del pabellón del buque atacante o atacado. ¿Por qué? Porque si dicho autor basa su postura en la interpretación que hace de ese segundo párrafo del art.23.4 de la LOPJ con el del art.105 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 al disponer este último precepto que “*los Tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento (de los piratas) podrán decidir las penas que deban imponerse*”, hemos de fijarnos⁸²⁵ que sólo dice “*podrán*”, que no “*deberán*”, por lo que en el estado actual de la legislación española esa facultad estatal ya se ha limitado ahora de antemano con la reforma del 2009 que comentamos, y que es la siguiente.

VIII. LOS NEXOS ACTUALES DE JURISDICCIÓN ESPAÑOLA UNIVERSAL

Sobre el primer requisito relativo a *encontrarse los presuntos responsables en España*, alternativo con el segundo, **LAMARCA PÉREZ** considera⁸²⁶ que técnica y procesalmente se trata sólo de un *requisito objetivo de procedibilidad*, que no de competencia jurisdiccional, para poder en todo caso enjuiciar. Requisito que lo que pretende es impedir un juicio en ausencia del investigado, por lo que a juicio de la referida autora puede plantear muchos problemas cuando, por ejemplo, en cita de uno de ellos, es que iniciado un procedimiento en *España* contra el presunto culpable investigado éste se fuga: *¿habrá que pedir entonces necesariamente su extradición?* Particularmente pensamos en la contestación a esta pregunta que dependerá de la situación, sobre todo del país de refugio elegido. Así, por ejemplo, no será necesario pedir ninguna extradición si huye a otro país de la UE porque, salvo razones que no se nos escapen (vejez y humanidad, como en el **Caso Pinochet**), a través de *eurojust* y *europol* en ese caso podría ser inmediatamente detenido y devuelto. En todo caso, la gravedad de los delitos conllevaría una medida cautelar personal tal y, en su caso, de su prórroga, que debiera de impedir tal incidencia de fuga antes de ser juzgado, precisamente para evitar supuestos como el del **Caso Scilingo** (a quien en su momento *no se le retuvo su pasaporte*).

Por otra parte, que conozca la jurisdicción española cuando en todo caso existan *víctimas de nacionalidad española* no es un criterio de jurisdicción

⁸²⁵ El propio autor referido parece que así de alguna manera también al final lo hace cuando afirma (*Ibidem* p.18 in fine) que “*por último, debemos recordar que la existencia del criterio de atribución de competencia contenido en el art.105 de la Convención de 1982, no es obstáculo para que existan situaciones en las que otras normas de Derecho Internacional o de Derecho interno establezcan otros criterios distintos de atribución de competencia para juzgar a los piratas; en tales casos, nos encontraremos ante jurisdicciones concurrentes, en las que pueden ser más de uno los Estados cuyos tribunales resultan ser competentes para enjuiciar a los piratas*”.

⁸²⁶ **LAMARCA PÉREZ, C.** (22 de febrero de 2011). *Mesa redonda convocada por la Oficina de derechos Humanos en el Ateneo de Madrid.*

universal sino la aplicación del principio de personalidad pasiva, lo cual, por cierto, supone la novedad de reconocerlo *para estos casos* en nuestro ordenamiento jurídico a diferencia del de personalidad activa (referido al autor y no a la víctima). A juicio de la referida autora esto supone una contradicción jurídica que le ocasiona cuando menos extrañeza, de tal suerte que lo que caracteriza que determinadas acciones delictivas sean perseguibles *por el principio de justicia universal* no es la nacionalidad de nadie, ni que aquélla lo sea de origen o adquirida.

De esta forma, la residencia y no la nacionalidad puede ser un criterio ya legalmente encuadrable sólo al menos en el segundo nexo, es decir, en el nexo de *que exista un vínculo con España*. Para **LAMARCA PÉREZ**⁸²⁷ se trata de un concepto jurídico indeterminado que viola el principio de legalidad en el acceso a la tutela judicial efectiva y pone como ejemplo las variadas y amplias o estrictas interpretaciones que al respecto pueden darse a tales efectos en relación con el “entorno cultural”: ¿tiene que ver algo un sefardí con un español?, ¿un guineano?, ¿un chino hoy por las relaciones comerciales que España mantiene con su país?, etc. O, por lo que también al ámbito militar se refiere, ¿lo sería la relación de España con Bosnia o Afganistán al realizar o haber realizado allí “Misiones de Paz”? Entendemos que, como en todos los casos por los que la citada autora se pregunta, el futuro será el que dibujará los criterios ya más reglados de su interpretación, así en el caso de la última cuestión pensamos que la respuesta no será la misma en función (A) del tipo de misión realizada (no es lo mismo una de imposición de la paz que otra de mero mantenimiento), (B) el lugar donde se despliegue (no es lo mismo con un país de distinta habla o antigua colonia), (C) los vínculos generados por ello (si hubiera demografía de mestizaje o no) y (D) el tiempo de su duración (cuanto más tiempo de estancia hay más vínculo se genera). Desde luego, y por ejemplo, en el caso de los piratas de Somalia (Operación Atalanta), no.

Y en cuanto al tercer nexo, esto es, el de *que la “cosa no esté juzgada”*, relacionándolo además con este último supuesto, nos preguntamos: ¿con qué autoridad un Juez de *España* podría valorar ya su adecuación al caso si para muchos países en el extranjero -o depende cómo, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, e incluso se puede⁸²⁸ llegar a entender que por los propios magistrados españoles de la jurisdicción ordinaria, también en el nuestro, la “jurisdicción” militar de nuestro país no es considerable como tal?... Pensamos que

⁸²⁷ **LAMARCA PÉREZ, C.** (22 de febrero de 2011). *Mesa redonda convocada por la Oficina de derechos Humanos en el Ateneo de Madrid.*

⁸²⁸ Véanse, por ejemplo, los argumentos a los que nos remitimos y que da la **STS de la Sala III**, Sección 7ª, de lo contencioso-administrativo, **de 01 de diciembre de 2011**, relativa al acceso al Cuarto Turno de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, y donde fue ponente D. Juan José González Rivas, en recurso ordinario nº 170/2011 así como su voto particular de 02.12.2011 de D. José Díaz Delgado.

la prudencia sería la mejor consejera. Sin perjuicio de las resoluciones que por propia iniciativa *la Comunidad Internacional* pueda adoptar en algún momento, en todo caso la causa de una “falta de cosa juzgada”, según el octavo párrafo del FJ 4 de la STS 327/2003, referido allí a la inactividad en su día de la justicia *guatemalteca*, “(...) ha de ponerse en relación con la exigencia de *un principio de prueba (...)*” que además de *no tener que ser diabólica* (STC 237/2005, último párrafo del FJ 4) no debe ser considerada para pronunciarse en tal sentido por los Tribunales del Estado. No sólo porque en nuestro Derecho penal y procesal-penal (ni en los Tratados suscritos en la materia) no esté establecido el principio de oportunidad sino porque, de acuerdo con el principio de separación de poderes, y esto también es Justicia, al menos en *España* (de acuerdo con el art.97 de la CE), es competencia del Gobierno en cuanto que dirige la política exterior. Y, a mayor abundamiento, ello independientemente de que pueda haber Tratados, así el de Genocidio, que aunque no establezca la jurisdicción universal no la excluya pero sí prevea en su art.VIII⁸²⁹ los mecanismos para conseguirla con el fin de hacerse así compatible la ley española con las exigencias derivadas del orden internacional. Máxime teniendo en cuenta, además, que los supuestos que se dan en lugares de *res nullius* (como la alta mar, no sometidos a ninguna soberanía estatal), tienen una problemática muy distinta a los que tengan lugar en espacios de soberanía de otro Estado, así ponemos como ejemplo el caso de que se ejecuten en un mar territorial. Esta apreciación la hacemos, dicho sea de paso, porque hemos notado que a veces los apresamientos que se realizan en la Operación Atalanta en *Somalia* se califican “*por piratería*” cuando, en realidad, los hechos tienen lugar *ya en sus aguas territoriales* -y no tanto en alta mar- sin haber precedido ninguna “persecución en caliente” alguna desde allá. Por tanto, no lo son “*por tal*” en puridad, pese a que Aquél se trate de un Estado fallido..., pero en todo caso reconocido por toda *la Comunidad Internacional*. Al fin y al cabo, teniendo en cuenta que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)*” (art.27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) la fuente en última instancia reconocida del principio de jurisdicción universal -por el sentido de la prudencia que siempre debe presidir la regulación de esta materia- tiene que ser *de Derecho Internacional*, no de Derecho interno, de modo y manera que si

⁸²⁹ “*Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art.III*”. En ejecución de este **Convenio de 09 de diciembre de 1948**, al que se adhirió *España* el 13.IX.1968 (BOE 08 de febrero de 1969), por **Ley 44/1971, de 15 de noviembre**, se incorporó o incluyó el delito de genocidio en el Código Penal de entonces vigente entre los delitos contra el Derecho de Gentes, *pero no modificó las normas que regulaban los supuestos de extraterritorialidad para incluir en ellas de modo expreso el principio de jurisdicción universal respecto del delito de genocidio*.

bien pueda haber antecedentes⁸³⁰ que digan que ello no tenga necesariamente por qué ser así, y, lo cierto es que al no existir una consolidada cristalización de una costumbre en la Comunidad internacional al respecto -ni siquiera para los casos más claros de un terrorismo de Estado o de un conjunto de Estados contra éste o aquéllos- siempre cabe, como ya hacía antes de la reforma del 2009 nuestro Derecho interno en el propio apartado g) del art.23.4 de la LOPJ y hoy el apartado h), la debida remisión a los supuestos de delitos que según los Tratados deban de ser perseguidos en *España*⁸³¹. De hecho, en una decisión del día 23 de Julio del 2014 adoptada por unanimidad de los magistrados de la Sala II de lo Penal del TS -a raíz del recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Antidroga contra la decisión de la Audiencia Nacional de archivar los procesos abiertos a 13 marineros egipcios y 8 sirios que fueron detenidos cuando navegaban en aguas internacionales- el TS concluye incluso que la reforma de marzo del 2014 no limita la jurisdicción de los tribunales españoles para perseguir *narcobarcos* interceptados en aguas internacionales⁸³².

⁸³⁰ Vid al respecto el **FJ 9 del Voto Particular de la STS 327/2003** y el **FJ 6 de la STC 237/2005** donde se afirma que –entonces- la legislación española no era la única que incorporaba un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, citando la **Ley Belga de 16 de julio de 1993, el art.8.6 del Código Penal Danés, La Ley sueca de 1964 relativa a la Convención de Genocidio, el art.7.5 del Código Penal italiano o el art.6 del Código Penal alemán**.

⁸³¹ En relación no exhaustiva que hace el **FJ 10 de la STS 327/2003** serían los siguientes, donde también se establece como forma de colaboración la clásica fórmula *aut dedere aut iudicare* (juzga o extradita):1. La **Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos**, de 14 de diciembre de 1973 (BOE 07 de febrero de 1986).2. **Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves**, de 16 de diciembre de 1970 (BOE 15 de enero de 1973).3. **Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional** de 23 de septiembre de 1971 (BOE 10 de enero de 1974).4. La **Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**, de 10 de diciembre de 1984 (BOE 09 de noviembre de 1987).5. La **Convención** de 17 de diciembre de 1979, **contra la toma de rehenes**, en vigor en *España* desde el 25 de abril de de 1984 (BOE 07 de julio de 1984).6. El **Convenio europeo para la represión del terrorismo** de 21 de enero de 1977 (BOE de 08 de octubre de 1980).7. El **Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo** de 09 de diciembre de 1999 (BOE de 23 de mayo del 2002).8. Y el **Convenio de Viena** de 20 de diciembre de 1988 **contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas** (BOE 10 de noviembre de 1990).

⁸³² La Sala destaca que el artículo 23.4.d) de la LOPJ establece la competencia de la justicia española para conocer de los delitos de tráfico ilegal de drogas “que se cometan en los espacios marinos” en los supuestos previstos en los tratados ratificados por nuestro país (en el caso la Convención de Viena de 1988, contra el tráfico de drogas, y los acuerdos del mar de Montego Bay de 1982), de forma que la Audiencia nacional interpretó, erróneamente, que los tribunales españoles serían competentes solo **si lo impusiera** un Tratado Internacional, pero no si ese Tratado se limita **a autorizar** dicha competencia. Interpretó, también erróneamente, que deberían de cumplirse dos requisitos añadidos: que el procedimiento se dirija contra un español y que se trate de la realización de actos de ejecución de un delito de narcotráfico o de la constitución de un grupo criminal con miras a la comisión de ese delito en España. El TS acogió así el criterio de la Fiscalía, que subrayó que de los Tratados en este caso citados se deriva no solo la obligación general de cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de drogas, sino también el ejercicio de la propia soberanía nacional en la persecución de esos delitos, sin necesidad de incorporar ningún otro requisito.

Atendiendo, pues, a la réplica que hemos hecho de las objeciones que hace **LAMARCA PÉREZ**⁸³³ en torno a la limitación del principio de jurisdicción universal, no compartimos su afirmación en el sentido de que ello suponga una vulneración a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y que, por tanto, considere la reforma aquí glosada del art.23.4 de la LOPJ una limitación inconstitucional⁸³⁴.

IX. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA UNIVERSAL PREVIA

Centrada así la cuestión ya hay un primer “*pro*” y un primer “*contra*” de la Jurisdicción Universal -tal como hasta antes de la reforma del 2009 se entendía-:

Principal Contra: En este sentido ya *el Defensor del Pueblo* se manifestó⁸³⁵ a favor de su reforma diciendo que así se conseguía adaptar el artículo 23.4 de la LOPJ al principio de subsidiariedad del Derecho Internacional Público y a la exclusión de los posibles intereses particulares estatales cuando en el ámbito de las relaciones estatales sean interpretados sólo por un juez nacional, que en un Estado de Derecho –*añadimos nosotros*- no es más que un sólo poder estatal, pero no todo él, incluso a efectos del Derecho Internacional Público. Es decir, no es que aquí prime *la Razón de Estado* o *la realpolitik* sobre el valor de *la Justicia* sino la coordinación necesaria que en una comunidad inorgánica como es la Internacional debe de haber a través fundamentalmente de los Estados y las Organizaciones Internacionales con el mantenimiento de *la Paz y la Seguridad Internacional*, y de las buenas relaciones de Amistad en el juego de las relaciones Internacionales -manifestadas en el respeto de la soberanía y asepsia política de las relaciones entre los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional Público, así por ejemplo la realización del principio de intervención mínima en asuntos de otro Estado (art.2.7 de la Carta de Naciones Unidas)-. Valores y principios que, junto con el de la justicia, están todos ellos también contemplados por la Carta de Naciones Unidas, así como en algunas Resoluciones de la Asamblea General.

⁸³³ **LAMARCA PÉREZ, C.** (22 de febrero de 2011). *Mesa redonda convocada por la Oficina de derechos Humanos en el Ateneo de Madrid.*

⁸³⁴ Particularmente creemos que, antes que un solo Estado, existen Organizaciones Internacionales posiblemente más adecuadas para conocer (en caso de pasividad en la persecución del delito internacional), que la concurrencia de posibles jurisdicciones en el mundo está sólida y consuetudinariamente organizada por la práctica en virtud del principio de soberanía, y, además, creemos que dicha autora incurre en confusión y hasta en una simple “*boutade*” cuando también afirma que “*un concepto de soberanía trasnochado y escasamente democrático no puede ser ningún obstáculo de la justicia universal ampliamente considerada, como lo era el de antes de la reforma del 2009*”, porque –dice- ello sería tanto como que argüir que “los trapos sucios deben de lavarse en casa”, lo que justificaría ocultar los casos de violencia de género... **Pensamos, sencillamente, que la comparación no es afortunada en tanto que unos y otros son delitos muy diferentes:** unos tienen su origen en el Derecho internacional Público puro y duro, y los otros en el Derecho nacional estricto de las personas.

⁸³⁵ Resolución del Defensor del Pueblo de 19 de enero del 2010 (sobre una solicitud de recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del art.23.4 del 2009).

Principal Pro: Por el contrario, los defensores a ultranza de la jurisdicción española universal sin límites ponen el énfasis en que la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa sólo en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (...) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad internacional en su conjunto. Es decir, lo basan en el carácter *erga omnes* o frente a todos de tal clase de delitos y de derecho cogente (*ius cogens*) para su persecución, precisamente por afectar al respeto, promoción y protección de los Derechos Humanos. No obstante, pasan por alto que las vías para conseguir tal meta no se centran únicamente en los órganos de justicia, sino en los diplomáticos, convencionales y otros de origen onusiano como el Consejo de Seguridad, *cuya importancia no sólo no es menor sino que a veces puede ser más crucial que el papel que desempeñe a tal efecto sólo “la justicia” por sí sola como tal*, la cual podría en caso contrario incurrir en un exceso de abuso de derecho por poder conocer de asuntos con los que no tiene ningún vínculo real con el lugar, ambiente y circunstancias. *Pensemos, además, que puede haber un sesgo ideológico de la propia Jurisdicción Nacional a la hora del acierto e idoneidad para conocer de ciertos asuntos*, que a nuestro modesto juicio, sobre todo cuando las víctimas son militares, hasta ahora la realidad demuestra que no son todos los posibles...⁸³⁶ Por

⁸³⁶ Conste que en el artículo “**El estatuto de las víctimas en la Corte Penal Internacional**”, de **noticias jurídicas.com (Derecho Penal. Enero del año 2005)**, la pregunta que en el siguiente párrafo nos haremos ya la planteábamos en los siguientes términos, esto es, al hablar en el apartado de las razones de la preferencia de la jurisdicción estatal a nuestro juicio decíamos que “(...) Incluso lo vemos, aquí sí, diariamente en **el caso de Iraq**. Todo el que se encuentre allí puede ser en su caso víctima indefensa ante el TPI de un delincuente iraquí o de otro norteamericano, principales implicados del reciente conflicto, porque ninguno de ambos países son Estados Parte del TPI hasta el momento. Por otro lado, quizás en la mentalidad de la autoridad judicial competente del país de esa víctima el mero hecho de que ese Estado no forme parte del TPI, y a pesar de que se sea consciente de que haya una **parodia de juicios locales** para situaciones donde sí es muy factible que las víctimas (por lo menos los no nacionales) de ese país no tengan garantizada la expectativa de que se cumpla una Justicia efectiva para la persecución de culpables, **bien por su colapso, bien por la situación del país, anula la mínima posibilidad de que el Estado de nacionalidad de la víctima ejercite en la práctica el principio de jurisdicción universal**, la solicitud de extradición o la exigencia de cumplimiento real del principio “*aut dedere aut iudicare(o punire)*”; es decir, por el hecho de que, precisamente con más razón, *a nuestro juicio* tendrían que aplicarse tales recursos procesales de nuestra legislación para evitar la más que segura impunidad del culpable. **Pensemos, por ejemplo, respecto a esta situación aquí criticada el caso de los damnificados por la emboscada de nuestros agentes (funcionarios) del CNI en Noviembre del 2003 en una carretera bagdadí, donde a nuestro juicio un perjudicado a nivel Internacional es España**; así se manifiesta el perjuicio en el detrimento de la confianza de seguridad jurídica de sus soldados en Misiones o del personal civil que sigue a las Fuerzas Armadas en Ellas y, por extensión, hasta de la propia *Comunidad Internacional* cuando ve que aquellos que realizan Misiones de Paz pueden así no tener garantizada ningún tipo de inmunidad *en la práctica* por culpa no ya de la admisión legal de la figura del guerrillero irregular, si no, precisamente por su ambigüedad, del auténtico terrorista, sino de la inactividad estatal por rebatir internacionalmente esa postura y en defensa de perseguir una tutela judicial *efectiva* de los suyos. La razón es por ser *España* la perjudicada, *según nuestra opinión*, en un caso de terrorismo en un conflicto bélico formalmente finalizado, o si así se interpreta, cuando menos en el contexto de una guerrilla donde nuestros “espías”, *item mas*, no todos fueron pasados por las armas ni tampoco le fueron respetados los mínimos derechos humanos exigibles en virtud de la cláusula (o preámbulo) *Martens (art.3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949)*. A

ejemplo, tras la Sentencia del *Caso Guatemala* se han instruido en la Audiencia Nacional Casos tales como *el de Ruanda y Couso, el de los Vuelos de la Cía, el del Sahara, Falun Gong, el de los jesuitas en El Salvador, Palestina, el de los dirigentes de las SS de la Alemania Nazi, Guantánamo, y la dirigida contra seis miembros del equipo del Presidente estadounidense Bush*. Pero, ¿qué ha pasado con los casos sólo menos relevantes políticamente tales como, por ejemplo, las muertes de agentes del CNI en Iraq en el año 2003? ¿Ha habido voluntad española de sus jueces, ordinarios o militares, para aplicar en ese caso la Jurisdicción Universal?... En definitiva, pudiendo llegar hasta compartir que al igual que –como también se dice- hay casos donde se puede llegar a interpretar que las relaciones comerciales entre países pueden suponer una mordaza para las víctimas, el caso –se dice por ciertas⁸³⁷ ONG- de China cuando ha adquirido deuda española, no es menos legítimo concluir que, en la práctica, la fijación que se hace de las víctimas no lo es de todas sino de parte de ellas, desde luego sobre todo de las que interesan a esas mismas ONG. Además, al residenciarse la posibilidad de aplicar la Jurisdicción española Universal sólo a jueces que, de hecho, lo son sólo de la Jurisdicción ordinaria y no de la militar, habida cuenta la existencia de una Sala Quinta del Tribunal Supremo (pero no de una Audiencia Militar Nacional), los que pretenden defender esa exclusiva clase de Jurisdicción Universal ya están queriendo indirectamente imponer a todos los demás un criterio, de hecho, que no deja de ser también más político que jurídico: el de que en realidad no hay más jurisdicción que la ordinaria. Pero esto no es así. Lo cierto es que, guste o no, en el mundo esta pretensión, sea o no encubierta, no es la misma que la de toda la Comunidad internacional ni tampoco la más acertada: porque precisamente la mayoría de sucesos que en mérito de la Jurisdicción española Universal ordinaria se quieren juzgar tienen precisamente un contexto militar, bélico, o terrorista. Pensamos, pues, que la Justicia Universal a la que se aspira también puede ser lograda con una jurisdicción nacional militar que esté en tal sentido homologada de planta a la ordinaria, al menos en el caso también de terrorismo, por ejemplo, y sobre todo atendiendo a nuestra actual Ley Orgánica de Defensa Nacional. En el estudio del papel actual de las Fuerzas Armadas para la Defensa Nacional hoy se tiene en cuenta que un elemento común de dos fenómenos distintos como son, *a priori*, la guerra y el terrorismo, es que ambos atentan al mantenimiento de la Paz y de la Seguridad internacionales⁸³⁸. Sin embargo, para toda la sociedad el terrorismo es un fenómeno cada vez más desconcertante que en un futuro puede ampliar el papel actualmente limitado hasta de la propia Jurisdicción Militar.

diferencia de lo ocurrido con el triste suceso del Yakolev-42, y en cuanto a la conciencia social, es lógico que nos podamos preguntar: ¿dónde están las ONGs de la sociedad civil?, ¿dónde nuestra Audiencia Nacional?

⁸³⁷ Así por la Asociación Pro Derechos Humanos de España.

⁸³⁸ Primeros valores de la Comunidad Internacional proclamados en el **Art.1.1 de la Carta de Naciones Unidas**.

X. LA EVENTUAL INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Este apartado y el final de las conclusiones no son algo novedoso por nuestra parte⁸³⁹. En un momento dado, dada la rápida evolución de las nuevas tecnologías, no es descabellado pensar que, en la práctica y frente a un terrorista, cualquier Juez Togado, por ejemplo, pueda preguntarse quién debe juzgarlo si ya se está hablando de “*el nuevo enemigo*”, y en consecuencia, cuánto valen las diligencias judiciales extranjeras de colaboración⁸⁴⁰ contra esa lacra y, al final, hasta cómo se detiene, se expulsa y extradita al presunto terrorista internacional en nuestro país si fuera el caso. Este planteamiento ya se ha hecho en el más alto foro judicial del Reino de *España*: lo hicieron en su día las defensas letradas de algunos de los terroristas del 11-M *por entender que estos sucesos eran el producto prolongado de una hostilidad iniciada antes con el 11-S en los EE.UU.*, es decir, un Estado que por esa razón (de haberse iniciado ya la acción allí) tendría que haber atraído la competencia para conocer también del 11-M, debiendo quedar inoperante la jurisdicción española de cualquier clase, civil o militar. Ocurrió que el Tribunal Supremo, no obstante, desestimó el argumento porque con el 11-M hubo en todo caso una preparación, acción y resultado de tal siniestro en nuestro suelo y la jurisdicción española al final siguió conociendo del 11-M; *pero ese planteamiento pudiera haberse enfocado por las citadas defensas de los terroristas del 11-M de otra manera y particularmente creemos que, si la cuestión se hubiera contemplado también en función del Derecho de la Guerra y no sólo delictualmente, tal como ocurre en otros países (así hasta ahora en el nuestro), la solución a esa excepción procesal deducida quizá habría sido distinta, o al menos teórica y técnicamente con más posibilidades de éxito*. Nos explicamos. Téngase en cuenta que, dejando a un lado las distintas soluciones meramente científicas y criminalmente policiales de los distintos países en torno a este fenómeno, y pese a que en *España* sólo ha sido a partir del 11-M cuando se han llevado a cabo operaciones de lucha antiterrorista contra él (*la Dátil, Nova, Tigris y la del Raval en Barcelona, etc.*), con posterioridad a ese pronunciamiento del más Alto Tribunal del Poder Judicial español la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Defensa Nacional ya reconoce que “*un único terrorista puede hacer más daño que un solo Cuerpo de Ejército*”.

XI. LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA NACIONAL FRENTE A LOS NUEVOS RETOS, ENTRE ELLOS EL TERRORISMO

Es decir, que hoy en día el terrorista se trata del nuevo y real “enemigo” y, por tanto, en su **art.16** no sólo prevé un papel fundamentalmente colaborador de las Fuerzas Armadas para combatirlo junto a las Fuerzas del orden y de la seguridad pública, sino que también puede serlo directamente en las Misiones y, sobre todo,

⁸³⁹ Los expusimos en la Mesa Redonda convocada por el Consejo General del Poder Judicial en Madrid el pasado día 21 de noviembre del 2011 con motivo del papel de la jurisdicción militar.

⁸⁴⁰ Técnicamente “*Las Comisiones Rogatorias*”.

en aquellos Estados que se vienen en llamar como “fallidos” por no ser Estados de Derecho. Esa, además, es una de las poderosas razones que a tales misiones les dan ya hoy su auténtico sentido. Por lo tanto, entendemos que no cabe que la jurisdicción militar ignore este dato: dicho de otra forma, que no se consuele con ese precedente judicial contrario a la tesis que sostenemos. La lucha antiterrorista es un asunto de Estado -que también le implica-, se trata de un asunto a atajar de forma “transversal” en toda la normativa no sólo nacional, y en un futuro, quizá, de atribución competencial a la jurisdicción militar tal como la propia Historia se ha encargado de probar, sobre todo teniendo en cuenta episodios de militarización de personal y habida cuenta las posibilidades (en todo caso constitucionales) de las declaraciones de estados de sitio, alarma o excepción. Es decir, no es discutible que la jurisdicción militar pueda ver constitucionalmente ampliada su competencia “estricta” en los casos de estados de sitio, de alarma y de excepción, supuestos que (alguno de ellos) en la práctica reciente ya ha sido también declarado con motivo de una huelga salvaje de controladores aéreos y que, en hipótesis, hubiera podido ser a la vez el arma de sabotaje de un terrorista internacional contra el Estado. En cualquier caso, la Sala V de lo Militar del Tribunal Supremo también debiera de tener en cuenta que la actividad militar y la terrorista internacional pueden tener actividades en común tales como las de *reclutamiento, de entrenamiento en campos militares, de complot e infiltración* y hasta, a veces, de cierta conexidad como la que conllevan ciertos delitos militares tales como *la traición, la rebelión y la sedición*. No en vano el objetivo de cualquier terrorismo es minar las bases del orden establecido con el fin de subvertirlo, también desde luego el del orden constitucional en *España*. Por ello, la STS nº 556/2006 de la Sala II, cuyo Ponente fue *Francisco Monterde Ferrer*, sobre la base de exponer como hechos probados el adoctrinamiento de “*la Yihad*” en algunas de las mezquitas en *España* desde el año 1994, se hace una relación para nosotros de alguna forma ya premonitoria de la jurisprudencia penal que salpica en todo caso a la labor incluso rutinaria de la jurisdicción militar, al menos procesalmente y para caso no sólo “*de guerra*”, sino también en “*la paz*”⁸⁴¹.

Cuestiones todas ellas que, además, tienen que estar actualizadas con las nuevas tecnologías, así el internet, pues no en vano en el caso de un ciberterrorismo (con un objetivo simultáneamente no menos militar -pensemos en *infraestructuras sensibles* como el AVE, algunas de las cuales han sido custodiadas en su día por soldados-) cabe preguntarse, por ejemplo, si

⁸⁴¹ Por cuanto que trata (a) de la prueba en general, (b) de la valoración que ha de darse a la contradicción de las declaraciones de testigos, (c) del coimputado, (d) de la pertinencia o no de las preguntas a un testigo, (e) de la interdicción o prohibición de la indefensión en cualquier juicio y (f) de otras garantías, así fundamentalmente del valor de los atestados e informes policiales, del pinchazo telefónico y de la entrada y registro domiciliario o, en su caso, muy habitual en los ejércitos, el de las taquillas (sobre todo en caso de la droga que a través de su compra puede financiar al terrorismo).

operativamente un centinela puede hacer ya algo ante ello ... y, por lo que a nosotros nos afecta -en función de nuestro estatuto personal-, tal como ya hemos dejado dicho, qué jurisdicción nacional sería la competente para conocer (*¿allí donde se comete la acción o el resultado?, ¿allí donde se da la orden o se recibe?,...*), de tal suerte que tecnológicamente es posible y no descabellado que, por ejemplo, un individuo que está en un país en guerra (*Afganistán, Somalia, etc.*) pueda atacar desde a él a otro que está en paz... De hecho, a la hora de atentar se teme hoy mucho más a los propios “lobos solitarios” que a las usualmente llamadas “células durmientes”. Sin embargo, *tenemos un problema que lo es de la propia Comunidad Internacional, su fractura ideológica en la lucha contra el terrorismo*: desde el punto de vista jurídico más que en el operativo hay unos países que esa misma acción sólo la entienden como un “delito” y otros más bien como un “acto de guerra”; es decir, que para unos es competencia de la jurisdicción común y para otros de la jurisdicción militar. Reduciendo la cuestión al simplismo, para el primer caso se encuadrarían los países europeos continentales, entre ellos hoy *España*, y para el segundo los países anglosajones. Por tanto, como no hay un criterio común al menos entre todos los Estados, si la solución a ese supuesto fuera la de la jurisdicción universal en los términos de nuestro art.23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), tal como también hace *ratio decidendi* la Sentencia precitada de la Sala II del Tribunal Supremo, hay un problema que aquí sólo se deja para la reflexión sin perjuicio de anotar nuestra manifestada conclusión en las líneas siguientes.

XII. CONSIDERACIONES PARCIALES

XII.1. Argumentación a favor en torno a la jurisdicción española Universal

Hay unos diez argumentos⁸⁴².

XII.2. Argumentación en contra de la Jurisdicción española Universal

También diez⁸⁴³.

XII.3. Los Problemas que se suscitan, por ejemplo, en relación al terrorismo

Aparte de que el art.23.4 de la LOPJ sólo se trata de un precepto unilateral y nacional, la Jurisdicción Universal aplicada al fenómeno del terrorismo *no es igual para todos en su aplicación: a unos sujetos que realizan la misma acción les será a unos aplicable una Legislación de paz y a otros otra de guerra*, o lo que es lo mismo, a unos en último extremo cárcel y otros la pena de muerte... Dependerá

⁸⁴² Vid. Anexo I.

⁸⁴³ Vid. Anexo I.

del lugar donde deban ser juzgados y mientras la Corte Penal Internacional no atraiga directamente su competencia sobre esta lacra⁸⁴⁴.

XIII. LA NORMATIVA PENAL SOBRE TERRORISMO POR PAÍSES. SU TRANSVERSALIDAD: UN ANTES Y UN DESPUÉS DEL 11-S

Sin perder de vista su naturaleza transversal⁸⁴⁵, la Legislación antiterrorista después del 11 de septiembre muestra signos de coordinación y convergencia impulsados por las *Naciones Unidas*, el Consejo de Seguridad y otros órganos no menos internacionales. En lo tocante a su reforma del Derecho Militar da razones a los que configuran esa normativa como el nuevo nacimiento de un Derecho que, *pese a no ser nuevo*⁸⁴⁶, por especial, puede nominalmente interpretarse como el “Derecho Penal *del enemigo*”. **Australia**⁸⁴⁷ es el único país que, tras el 11-S, ejemplifique que no sea necesario sufrir la violencia terrorista para crear leyes especiales antiterroristas (bien es cierto que probablemente allí por la histórica influencia anglosajona). No obstante, como dice **ALBRECHT**⁸⁴⁸, “*los debates políticos que siguieron al 11 de Septiembre han sido menos espectaculares que aquellos de los años setenta*”. Por el contrario, hay una ausencia de discusión sobre la relevancia de la Legislación antiterrorista para los Derechos Humanos salvo en el nuevo debate abierto sobre los interrogatorios y la legitimación de la tortura⁸⁴⁹.

En la cooperación internacional la Policía y los servicios secretos apuestan por la retirada del Derecho Penal tradicional, represivo y estancado en el pasado. En esta nueva área de la Legislación antiterrorista ha sido observada⁸⁵⁰ una tendencia a hacer de las leyes casi obsoletas, leyes permanentes. Aunque la Legislación de emergencia, de acuerdo con el **art.14**⁸⁵¹ **del PIDCP** da la posibilidad de suspender

⁸⁴⁴ Vid Anexo I.

⁸⁴⁵ Esta Legislación implementa un programa para el control del crimen internacional organizado, del blanqueo de capitales y de la inmigración ilegal cuyo paso, a su vez, ha sido acelerado tras los atentados del 11-M de *Madrid*. y se orienta en el sentido de reformar no solo el Derecho Penal sino también todo el espectro jurídico de las telecomunicaciones, de la inmigración, de la Policía e, inclusive, del Derecho Militar.

⁸⁴⁶ Tras el 11-S “se inició” un proceso que, sin embargo, tendrá como antecedentes parlamentarios a los años setenta, sobre todo con ocasión del terrorismo habido en *Alemania*, e incluso ya antes en otros países europeos (así en *Gran Bretaña* y *Gales* con la Ley de Prevención del Terrorismo de 1948 que siguió a los atentados de *Birmingham* en noviembre de 1948), o en los ochenta, con la Legislación *francesa* surgida tras una serie de actos terroristas en 1986 –por la cuestión *argelina* y que se reproducirían a mitad de los noventa-

⁸⁴⁷ Allí la Ley Sobre la Supresión de la Financiación del Terrorismo impone una pena de prisión de hasta veinticinco años.

⁸⁴⁸ **ALBRECHT, H-J.** (2006). *Respuestas legislativas al 11-S... Ob. cit.* p.1140.

⁸⁴⁹ Vid. Anexo I.

⁸⁵⁰ **WALKER, C** (1992). *The Prevention of Terrorism in British Law.2. Auflage.* Manchester: Manchester University Press, p.33.

⁸⁵¹ **PARENT, G.-A.** (2002). *Les événements du 11 septembre eu la sécurité inteérieure.* Revue internationale de criminologie et de pólce thecnique et scientifique 55, 1, pp.51-69.

derechos básicos en períodos de emergencia, los que componen el núcleo de los Derechos Humanos, en particular la prohibición de discriminación por razón de religión, género u orientación política, no deben ser tocados por este tipo de Legislación. Como comentario que es complemento al vacío de ese debate no es baladí aquí recordar que *las guerras contra el crimen no son nuevas*. Durante los últimos cuarenta años se han declarado, así contra las drogas. La Legislación posterior al 11-S contribuye a una situación en que las nuevas guerras contra el terrorismo son luchadas también por los militares, de tal modo que a veces dicho personal adopta funciones que corresponden al personal encargado de la aplicación de la Ley. Estos cambios sociales obtenidos en los avances conseguidos sobre el control del crimen transnacional y organizado demuestran que el monopolio de la Fuerza y el Estado-Nación se distancian por detrás de las formas internacionales y transnacionales de cooperación policial y militar, distanciamiento que se manifiesta en el sistema trans-fronterizo de recopilación e intercambio de información así como en la aparición de Fuerzas especiales de intervención supranacional. El candidato modelo para el *Derecho Penal del enemigo* viene a hacerse visible, en particular, en el contexto de los debates sobre el crimen internacional u organizado. Allí, el sospechoso es descrito como una amenaza general y no como una amenaza para intereses individuales. El delincuente es descrito como una amenaza para la sociedad en general y la estructura social, la seguridad interna y externa de los Estados, etc. *Los terroristas encajan muy bien en ese modelo*. El potencial de riesgo del terrorismo moderno y futuro se ve en las redes y en la capacidad emergente de “*enjambarse*”⁸⁵². Esta imagen de “*contramundo*”⁸⁵³ hace del terrorismo un candidato ideal para el Derecho Penal del enemigo y el problema de no poder separar a sospechosos de no sospechosos se corresponde con el problema de separar combatientes de no combatientes, de forma que –igual que ha ocurrido para el crimen ordinario- para ciertos analistas⁸⁵⁴ de la legislación antiterrorista comparada, las estrategias policiales y judiciales sólo tendrán un papel marginal en la eliminación de los movimientos terroristas. Una condición esencial para la derrota o disolución de grupos terroristas está en la erosión del apoyo político o en la transformación de grupos terroristas en participantes en mercados. Si el surgimiento del terrorismo está asociado a conflictos básicos en una sociedad, entonces las relaciones entre los grupos terroristas y aquellos segmentos de la sociedad que forman parte de

⁸⁵² ARQUILLA, J. & RONFELDT, D. (Eds.) (2001). *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy*, Washington: Rand. Los futuros enemigos de las Naciones-Estado y de la Seguridad tienen en común las siguientes características: Utilizan modernas tecnologías de comunicación, cuentan con una base que garantiza la confianza y la cooperación (como socios étnicos, Religión), un discurso colectivo que se extiende a objetivos y misiones, forman pequeños grupos independientes pero que se comunican entre sí y desarrollan una gran capacidad para agruparse (sobre la base de un programa común y adjunto desarrollan la capacidad para actuar por separado).

⁸⁵³ ALBRECHT, H.-J. (2006) “*Respuestas legislativas...*” Ob., cit., p.1157.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, pp.1159-1160.

los conflictos básicos sociales son de particular importancia para la causa de la violencia terrorista. El desgaste de ambos es conducido por un proceso construido con consecuencias contraproducentes de la violencia, actitudes y percepciones en la sociedad, y reformas generales tanto económicas como sociales. Las condiciones de éxito de los movimientos terroristas se pueden hallar en ataques al Gobierno y sus instituciones, que se mantienen dentro de los límites impuestos por las normas y expectativas de la sociedad⁸⁵⁵.

En suma, y como preámbulo para entender la que se expondrá, al decir nosotros que se trata de una materia “*interdisciplinaria*”, coincidimos con **ALBRECHT**⁸⁵⁶ y **PARENT**⁸⁵⁷ en que la Legislación antiterrorista se integra en la Legislación general sobre Seguridad, la cual, desde la perspectiva de los países industrializados, representa la respuesta a las series de problemas formados por la inmigración, la delincuencia transnacional, la delincuencia típicamente mercantil, el blanqueo de capitales y las economías sumergidas. La legislación antiterrorista representa acciones legislativas *transversales* que suele contener enmiendas a las leyes de inmigración, normas policiales, normas sobre los servicios secretos, sobre telecomunicación, normas generales de tipo procesal y penal, leyes económicas, leyes sobre el orden en general, así como Legislación que contempla el establecimiento de competencias especiales para la supervisión de actividades profesionales en áreas delicadas. La coordinación requerida para ello entre los servicios secretos y la Policía, sobre todo en materia de intercambio de información, se ha materializado con la aparición de Fuerzas especiales: en **Australia** la *National Crime Authority Agio Task Force*; en **Canadá** los equipos de aplicación de la Seguridad Nacional, en **Francia** grupos de coordinación antiterrorista así como la *Vigipirate Renforcé* que coordina policía, militares y aduanas, en **Italia** las Unidades de Política-militar, en los **EE.UU** la Oficina de Seguridad Nacional y el Ministerio de Seguridad e Interior, también los famosos SEALS (*United States Navy Sea, Air and Land*), y en **España** los GEO (Grupo

⁸⁵⁵ Es más, hoy en día nada hace pensar que la Legislación antiterrorista creará condiciones de mayor Seguridad en la sociedad. Lo que cambiará la situación será el propio Derecho Penal, así como el tratamiento de los sospechosos criminales y de aquellos que, bajo el punto de vista del análisis de riesgo, puedan convertirse en sospechosos criminales. La cuestión más interesante se refiere a las corrientes específicas que caracterizarán *el futuro del Derecho Penal del enemigo*. Está claro que estas leyes se caracterizarán por ser formas híbridas que oscilarán entre el Derecho Penal, la ley policial y el Derecho Militar. Esto puede explicarse por las características especiales del terrorismo internacional, que lleva aparejada la violencia indiscriminada. Sin embargo, *tal violencia no puede ser equiparada a la guerra tradicional*, dado que es, esencialmente, una forma de violencia progresiva y asimétrica que en su totalidad hoy por hoy no puede ser del todo resuelta según los actuales Tratados Convencionales y los Acuerdos de pacificación. Y esto porque ni los elementos básicos de las Convenciones de *Ginebra* que tratan sobre prisioneros de guerra, ni el Derecho Penal Convencional que trata sobre el crimen ordinario satisfarán los problemas específicos.

⁸⁵⁶ **ALBRECHT, H.-J.** (2006). “*Respuestas legislativas...*”. Ob., cit., pp.1143-1145.

⁸⁵⁷ **PARENT, G.-A.** (2002): “*Les événements du 11 septembre eu la sécurité inteérieure*”. *Revue internationale de criminologie et de pólce thecnique et scientifique* 55, 1, pp.51-69.

especial de operaciones)⁸⁵⁸ y la UEI (Unidad especial de intervención) de la Guardia Civil. Tal aparición de Fuerzas especiales no sólo coordina información, sino también las Organizaciones de base de las Fuerzas especiales. Su aparición desarrolla, a nivel supra nacionales, formas *inter* o *supra* gubernamentales, como por ejemplo, el sistema de información europea de cooperación de *Schengen*, Europol o Fuerzas de investigación conjuntas. De esta naturaleza “*transversal*” se desprende el problema básico asociado a la nueva Legislación (antiterrorista) y unas nuevas tendencias: este tipo de Legislación interfiere en la sociedad civil de tal forma que entiende la libertad y el espacio sin control como riesgos potenciales bajo sospecha. De esta forma, toda la fuerza de trabajo asociada con los riesgos de Seguridad (inmigrantes y asilados, minorías étnicas, ciudadanos extranjeros y comunidades transnacionales, Organizaciones religiosas y movimientos políticos), se convierten en objetivos de vigilancia y exclusión. Incluso los Estados que no respondieron al 11-S mediante la aprobación de Legislación expresamente antiterrorista siguen, sin embargo, una vía caracterizada por el control del crimen transnacional del blanqueo de capitales y de la emigración ilegal, que puede ser fácilmente re-etiquetada como de control del terrorismo⁸⁵⁹.

XIV. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL EN EL ÁMBITO REGIONAL

Todos los principios anteriores han sido los que han ido conformando de alguna manera el Derecho Convencional moderno⁸⁶⁰ en esta materia, y que a nivel

⁸⁵⁸ Aunque no como una “fuerza especial”, en el verano del 2010, teniendo por modelo el FBI o *Scotland Yard*, se ha creado por Interior la *Sección Policiaca de Análisis de Conducta* cuya función es analizar la mente de los delincuentes violentos con el objetivo de evitar su posible siguiente ataque. Para ello su trabajo consiste en el estudio de las evidencias psicológicas que quedan reflejadas en el modo en que el agresor cometió los delitos, en la víctima elegida, en el lugar donde ocurrió, en el tipo y orden de las heridas que le causó y en la reacción durante la declaración para averiguar el quién y el porqué. Lo primero que hace dicha Sección es desplazarse al lugar donde ocurrió el delito, para poder obtener cualquier información “recta” que sea necesaria, e instruir a los operativos policiales en la toma de declaraciones para analizar cualquier evidencia en el testimonio verbal o no de la víctima, del sospechoso o de los testigos.

⁸⁵⁹ La Legislación antiterrorista, según veremos, presta especial atención a **la denominada “senda del dinero”** mediante sistemas perfeccionados del control de su blanqueo desde finales de los ochenta, cuando la atención estaba centrada en controlar los mercados de la droga. Desde entonces este planteamiento se ha generalizado y se ha utilizado para el control del crimen organizado. Por otro lado, la creación de una Legislación separada antiterrorista está fortaleciendo la tendencia internacional favorable a la aprobación de Legislación dirigida a combatir los delitos alentados por el odio o la xenofobia, lo que significa el establecimiento de penas más graves para aquellos cuyas motivaciones sean peligrosas o rastroseras. La definición de delitos terroristas se extiende a los actos que impliquen el sabotaje de sistemas sociales vulnerables o sensibles. Así, por ejemplo, el ciberdelito (pirateo informático) sí se incluye en el elenco de actividades terroristas, mientras que, en paralelo con la Legislación sobre drogas, en ciertos países la definición de “*grupo terrorista*” se realiza a través de listas o catálogos anejos a la Legislación antiterrorista, elaborados por los Ministerios de Interior o de Justicia, sin contar con el Parlamento. Esta es la técnica mantenida también por la propia UE.

⁸⁶⁰ Vid Anexo I.

universal y regional se hace necesario al menos relacionar por ser una regulación de carácter principal.

XV. LA NORMATIVA ANTITERRORISTA ANGLOSAJONA, ASIÁTICA Y DE LA INDIA

EE. UU ya con motivo de los atentados en la ciudad de *Oklahoma* en Abril de 1996 fue promulgada la Ley sobre antiterrorismo y Efectividad de la Pena de Muerte de 1996. Tras el 11-S, el Presidente *Bush* dictó una Orden⁸⁶¹ ejecutiva que bloqueaba bienes a todo aquel que se consideró que estaba de alguna manera vinculado con *Al Qaeda*. A finales de Octubre del 2001 el Presidente *Bush* promulgó la “*Uniting and Strengthening America by Providing appropriate Tools Require to intercept and Obstruct Terrorisme Act of 2001*” (USA Patriotic Act).

En el comentario de esta Ley Antiterrorista cabe decir, sabiendo que su vigencia ha sido prolongada con pequeñas modificaciones en Febrero-Marzo de 2006, lo siguiente: 1. Que contiene numerosas disposiciones que amplían el poder estatal de vigilancia⁸⁶² de las telecomunicaciones. 2. Facilita⁸⁶³ el acceso a los datos personales de los ciudadanos.⁸⁶⁴ 3. La normativa estadounidense contiene disposiciones de temporización (“subset clause”) de las medidas antiterroristas, según las cuales en dos o tres años se reexaminan⁸⁶⁵. Esta norma origen se

⁸⁶¹ N° 13224, relativa a financiación terrorista: *Executive Order on Terrorist Financing. Blocking Property and Prohibiting Transaction with Persons who Commit, Threaten to Commit or Support Terrorism*.

⁸⁶² En este sentido, por ejemplo, cuando así lo pida un Fiscal Federal o estatal, la Policía Federal puede a través del sistema de vigilancia DCS-1000 (llamado “Carnívoro”) vigilar el correo electrónico y las consultas Web de los sospechosos. La Policía Federal a partir de entonces podía investigar a sospechosos de terrorismo vigilando sus comunicaciones y correos tanto por Internet como por intervenciones telefónicas si un Fiscal Federal, aunque por 48 horas y sin autorización judicial, así lo decidiese. Caso de necesitarse autorización judicial por transcurso de aquel plazo podían intervenir todas las líneas telefónicas que utilizara el sospechoso, y, por tanto, no siendo ya necesario pedir una orden judicial individual por línea. Toda esa información era intercambiable entre agencias gubernamentales. Si el ataque informático, en su caso, supusiera unas pérdidas superiores a cinco mil dólares la calificación del delito estaba desde entonces tipificado como “*ciberterrorismo*”.

⁸⁶³ Cualquier proveedor de Internet o Compañía telefónica tiene el deber de suministrar al FBI, sin la necesidad de ningún mandato judicial, todos los datos sobre un cliente. Es más, y por otra parte, se les prohíbe a las empresas de este sector suministrar al cliente toda la información sobre la investigación.

⁸⁶⁴ Vid. Anexo I.

⁸⁶⁵ En este sentido las anteriores medidas de vigilancia electrónica y telefónica se prorrogaron, en principio, hasta el día 31 de diciembre del dos mil cinco, y después hasta principios de febrero del siguiente año. No exentas de críticas, no obstante el propio Presidente *Bush* emitió un Decreto prohibiendo a la CIA el uso de la tortura, el asesinato, la violación, la denigración y mofa de prisioneros sospechosos de ser terroristas, por aplicación del **art.3 Común de los Tres Convenios de Ginebra de 1949** (*Cláusula Martens* del Derecho de Gentes), bajo supervisión del Departamento de Justicia de los EE.UU a la hora de juzgar los métodos de interrogatorios.

completa: (1) A fines del año 2002 con el programa INS⁸⁶⁶. (2) La *Military Order*⁸⁶⁷ de 13 de noviembre de 2001, que creó Tribunales Militares secretos encargados de juzgar a no ciudadanos acusados de terrorismo, en el interior y en el exterior del territorio de los EEUU. Fue la más polémica porque es público que la crítica que se realiza a tal clase de Tribunales es la violación del art.14⁸⁶⁸ del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) e, incluso, la 5ª y 6ª Enmiendas constitucionales norteamericanas⁸⁶⁹. El 26 de junio de 2006 la Corte Suprema de los EEUU falló en contra de tal clase de Tribunales Militares en el *Caso Hamdan v. Rumsfeld*⁸⁷⁰. (3) El 17 de octubre de 2006 (*Military Commissions Act*) se aprobó, precisamente debido a dicho fallo que se acaba de mencionar, una nueva Legislación para autorizar y regular los Tribunales Militares en Guantánamo.

REINO UNIDO, antes del 2001. Aquí se hace ineludible referir al antiquísimo conflicto irlandés (trae su origen en 1066 cuando los normandos invadieron y conquistaron Inglaterra)⁸⁷¹. La decisión inglesa “más internacionalista” del siglo

⁸⁶⁶ Servicio de Inmigración y naturalización. Obliga a los extranjeros a registrarse so pena de arresto o de decretarse orden de expulsión, de forma que incluso se prevé una prisión que puede ser indefinida para el caso del extranjero que no tenga “visado”, se trate de un apátrida o porque haya sido rechazado en su llegada a su país de origen.

⁸⁶⁷ Vid. Anexo I.

⁸⁶⁸ Tiene siete puntos, empezando el primero diciendo que “*Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. (...)*”.

⁸⁶⁹ **5ª Enmienda:** “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”. En español: “*Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización*”. **6ª Enmienda:** (En español) “*En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Accesoría Legal para su defensa.*”

⁸⁷⁰ Vid Anexo. Para más detalles véase el Comentario (a la Sentencia) que hace **BOLLO AROCENA, Mª. D.** (2006). “*Hamdan vs. Rumsfeld. Comentario a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los EE.UU el 29.06.2006*”, Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), Número 12, diciembre, en www.rrei.org.

⁸⁷¹ **VERCHER NOGUERA, A.** (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*” *Ob., cit.*, pp.17 y 18. Dos fueron los factores políticos y jurídicos que lo determinaron: por un lado, la institución de la “*Plantation*”, esto es, la penetración constante de colonos ingleses en territorio irlandés desde 1604 a través de la concesión (a los soldados ingleses allí asentados) de la propiedad de las tierras para que prosperasen e impidiesen el uso de la isla como beligerante contra el resto de las islas británicas. Por otro lado, las “*leyes segregacionistas*” aprobadas en 1692 por los protestantes, restringiendo a los católicos el acceso a cargos y oficios públicos hasta sumirles en una situación

XIX, *In re Munier* (1894), fue quizá la primera que ya mantuvo que se podía conceder la extradición de un anarquista porque era un adversario de todos los Gobiernos, no simplemente de uno. Ahora bien, el primer enfrentamiento dramático del siglo XX (*Easter Rising*) fue en plena Semana Santa del año 1916 en *Dublín*. Al terminar la primera Gran Contienda mundial se proclamaría la independencia de Irlanda y se iniciaría una guerra de guerrillas que opuso al Ejército regular británico y al IRA, grupo armado irregular de gran apoyo popular⁸⁷². Desde el punto de vista legislativo, y a través de Informes como el de *Lord Cameron*, se señalaba la constatación de un resentimiento contra la permanencia de una Ley, *la Ley de Poderes Especiales*, que estuvo en vigor desde 1922 hasta 1973, fecha esta última en que –gracias a otro Informe, en este caso de *Lord Diplock*– se sustituyó por otra: *La Ley de Disposiciones de Emergencia para Irlanda del Norte*, que sufriría dos reformas (en 1978 y 1987). Para todo el *Reino Unido* sería aplicable la *Ley de Prevención del Terrorismo* de 1974, sufriendo también reformas (1976, 1984 y 1989). Antes la *Orden de Detención de terroristas* de 1972 había introducido las figuras del internamiento de sospechosos, sin olvidar que entre guerras (1914 y 1939) había habido una Legislación de emergencia y que, como leyes más recientes, se encontraban *La Ley de policía y Prueba Penal* de 1984, *la Ley de Orden Público* de 1986 y *la Ley de Justicia Penal* de 1988.

Sin perjuicio de tomar en cuenta su historia⁸⁷³ anterior, con la II guerra mundial⁸⁷⁴ la medida de Internamientos en un proceso muy similar al posterior de los EE.UU con respecto al “peligro japonés”⁸⁷⁵; se reintrodujo en una nueva *Resolución 18 B* ya bajo el manto legal de la Ley de Poderes de Emergencia de 1939, pero con un espectro de situaciones todavía más amplias a raíz del hundimiento del *Lusitania* por los nazis. Así la medida afectaba también a

paupérrima que se fue agravando en la época de las pestes y del hambre hasta prácticamente el siglo XIX.

⁸⁷² Los unionistas y los protestantes entablarían una verdadera guerra civil en 1922 y este conflicto finalizaría con el reconocimiento por los primeros de una realidad ya existente *de facto*, aunque *Eire* solo conseguiría la independencia total de *Inglaterra* en 1949. Los problemas continuarían, sin embargo, en *Irlanda* del Norte, donde la minoría y más desventajosa población católica no aceptaría la partición protagonizando actos esporádicos de violencia que alcanzarían su cenit en 1968.

⁸⁷³ Vid. Anexo I.

⁸⁷⁴ Según **VERCHER NOGUERA, A.** (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*”. Ob., cit., p. 37.) “(...) durante la Segunda Guerra mundial los poderes de las autoridades administrativas sobre los civiles enemigos eran casi absolutos. Hay que señalar que en tiempo de guerra la Corona inglesa ha tenido y tiene, al margen de cualquier disposición legal, el poder de detener a los prisioneros de guerra, incluso los civiles enemigos no combatientes. Este poder forma parte de la prerrogativa que posee la Corona a iniciar una guerra. Con arreglo a esta prerrogativa los civiles enemigos podían ser internados y de haber presentado alguno de ellos un recurso de *Habeas Corpus* la respuesta hubiera sido que eran prisioneros de guerra y que estaban detenidos a disposición de la Corona”. Miles de personas fueron así internadas en campos especiales bajo ese discutido procedimiento.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, p.41. En ese libro también se especifican comentados los casos e Informes señalados y que se mencionarán.

nacionales británicos de origen alemán, a los de tendencia internacionalista y a los indiferentes en la oposición a la guerra. Tampoco admitía recurso⁸⁷⁶. En Irlanda, con respecto al peligro en 1916 tras el levantamiento de Pascua, la Ley de Defensa del Reino de 1914 tuvo su Norma trasunta en la Ley de Restablecimiento del Orden de 1920, la cual posibilitó en tiempo de “paz” la continuación de política de internamientos sobre la población católica, y después la Ley propiamente irlandesa de Poderes Especiales de 1922 y la *Regulación 23 B*, donde bajo diversas reformas meramente retóricas, de hecho sus contenidos continuarían en vigor hasta 1972. Con la Orden de detención de terroristas en Irlanda del Norte de 1972 el período de Gobierno directo (*Direct Rule*) -otra vez ya desde *Londres*- intentó judicializar⁸⁷⁷ el sistema de internamiento. Sucesivas reformas posteriores no fueron de especial importancia hasta que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Informe *Gardiner*, no decidió renovar el sistema de internamiento legalmente previsto porque en *Irlanda* esa medida no podía continuar como una política a largo plazo y en diciembre de 1975 se liberaron a los últimos internados⁸⁷⁸. Las conclusiones sobre el internamiento son que esa medida se ha utilizado tanto en *Gran Bretaña* como en *Irlanda* para distintas finalidades⁸⁷⁹. Sobre la medida de Órdenes de exclusión se conjuntan aquellas que consisten en *la expulsión de un territorio, la deportación, el destierro, el exilio, el extrañamiento y el confinamiento*⁸⁸⁰. En cuanto a las medidas de Arrestos, detenciones y recogida de información uno de los principios básicos del sistema constitucional y garantista inglés, el que *nadie puede ser arrestado o detenido sino en virtud del procedimiento legalmente previsto*, ha resultado dañado en la práctica por la combinación de los distintos poderes especiales de arresto conferidos a la

⁸⁷⁶ Vid. Anexo I.

⁸⁷⁷ Se iniciaba con una orden de custodia provisional que suponía una detención máxima de 28 días. Un comisario de la Administración asumía el caso tras la oportuna remisión, quien le decretaba libertad o nueva orden de detención del sospechoso; si se le decretaba nueva orden de detención se le daba audiencia de ello al reo informándole de la acusación con asistencia letrada y derecho a aportar pruebas de descargo, así como el de recurrir a un Tribunal de apelaciones de órdenes de detención (con sesiones a puerta cerrada y sin su presencia). El sistema, que aunque fue apoyado en un informe por **Lord Diplock** aduciendo que *el procedimiento judicial ordinario es ineficaz en la lucha contra el terrorismo* llegando, sin embargo, a reconocer que no se adecuaba al **art.6 de la Convención Europea de Derechos Humanos**, fracasó no solo por su naturaleza más propiamente administrativa que judicial sino porque *se basaba más en rumores y sospechas que en verdaderas pruebas, la ausencia del principio de igualdad de armas, así como el de publicidad y de contradicción*.

⁸⁷⁸ Vid. **VERCHER. NOGUERA, A.** (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*” Ob., cit., p. 53. Véase también el Anexo I.

⁸⁷⁹ En *Inglaterra* para afrontar la situación creada por las hostilidades bélicas y en *Irlanda* para una variedad de fines que van desde la prevención y represión a la negociación, además de utilizarse como en Inglaterra para colaborar con el esfuerzo de la guerra; en ambos casos el Ejecutivo se ha escudado tras la razón suprema de la Seguridad Nacional, colocando al Parlamento y al Poder Judicial en un plano secundario tras la Razón de Estado. Por último, la política de internamientos ha quedado en suspenso pero no se descarta que pueda reintroducirse tanto para casos de terrorismo como en caso de conflictos internacionales. De hecho, puede decirse que *Guantánamo* es todavía hoy un ejemplo.

⁸⁸⁰ Vid. Anexo I.

Policía y a las Fuerzas Armadas en la Legislación antiterrorista. Esta afirmación la basa en la variada y diferente gama de poderes de arresto introducidos por la Legislación especial *británica*⁸⁸¹. En cuanto a las Fuerzas Armadas en servicio en Irlanda del Norte, el art.14⁸⁸² de la misma ley de 1978 les otorgaba la potestad de detener sin orden judicial a cualquier persona respecto de quien se tuviera base razonable para sospechar que estuviese cometiendo, que lo hubiera cometido o que estuviere a punto de cometer cualquier delito, significándose que la detención no podía ser superior a cuatro horas. Finalmente, como última modalidad, la Ley de Prevención del Terrorismo de 1989, tras la reforma de 1984, mantuvo ese mismo precepto bajo el mismo art.14 de la nueva Ley, pero con una aplicación ya generalizada a todo el Reino Unido y no limitada a Irlanda del Norte sino, inclusive, *de aplicación por vez primera a supuestos de terrorismo internacional*, y limitada a delitos de terrorismo listados, pudiéndose sin embargo mantener la detención no a cuatro sino hasta cuarenta y ocho horas, situación que podía ser prorrogada por la autoridad ejecutiva hasta un máximo de cinco días⁸⁸³.

Sobre el derecho-deber de ser informado de las razones del arresto ya en 1972, con ocasión del caso *Re McElduff*, y basándose en otro anterior más célebre como el de *Christie v. Leachinsky* –también del mismo año-, refiriéndose al arresto previsto en la Ley de poderes especiales de 1922, el *Juez Mc-Gonigal* mantuvo que la autoridad está siempre obligada a informarle de las razones con la máxima amplitud y no sólo bajo el simple formulismo de “*queda ud. arrestado en base a la Ley de Poderes especiales*”, tal y como con ocasión de la política de internamientos iniciada en 1971 se estaba haciendo⁸⁸⁴. Esta Resolución supuso “santificar” la común práctica policial de hacer un mayor uso de ese artículo que otros (así el 13 de la misma Ley de 1978) para evitar dar mayor información al sospechoso. Por su parte, los soldados del Ejército no tenían que hacer este tipo de habilidades prácticas porque, según el art.14, sólo tenían la única obligación de informar al sospechoso que la detención se la practicaban *como miembros del ejército de Su Majestad británica*⁸⁸⁵. En materia de recojida de información facilitada por detenciones no hay que pasar por alto que en 1971, con ocasión del rebrote de terrorismo en Irlanda, y basándose en una *Directiva Común sobre*

⁸⁸¹ Vid. Anexo I.

⁸⁸² Este precepto era quizás el más problemático dada la amplitud de su redacción y el hecho de su falta de referencia a delitos de terrorismo. Esto podría haber permitido políticas de redadas y detenciones al azar para servir en la práctica de doble mecanismo informativo a las Fuerzas del Orden y de hostigamiento a sectores principalmente católicos de la población.

⁸⁸³ Esta última configuración ha sido considerada por la doctrina jurídica británica como un medio de transcendental importancia para proporcionar información a las Fuerzas del Orden, toda vez que además se ha complementado con el art.6 de la Ley de 1987 facultando a la Policía realizar entradas y registros de lugares de detección razonable del sospechoso.

⁸⁸⁴ Vid. Anexo I.

⁸⁸⁵ Si nos atenemos al momento histórico la razón de esta prescripción del citado último precepto se debía a que el Ejército estaba encargado de practicar las detenciones más peligrosas, sin asistencia de la Policía y en los reductos más inexpugnables del IRA.

Interrogatorio Militar para Operaciones de Seguridad Interna en las Colonias (Anexa como Apéndice al *Informe Parker* que luego aludiremos), el Gobierno británico puso en funcionamiento una operación de arresto masivo complementario a través del sistema especial conocido por el de *las Cinco Técnicas*⁸⁸⁶. Pues bien, en el *Informe Parker* sólo minoritariamente el *Juez Gardiner* fue quien objetó de la legalidad del método aduciendo que era moralmente inaceptable y contraproducente a la vez que echando “*la culpa de lo ocurrido en esta lamentable historia, si es que se puede culpar a alguien, a quienes hace ya muchos años, decidieron que en las situaciones de emergencia de carácter colonial debíamos prescindir de nuestros métodos tradicionales de interrogatorio en situaciones de conflicto bélico abierto...y sustituirlos por procedimientos secretos, ilegales,...y ajenos a las tradiciones de un país que es justamente considerado la más grande y antigua democracia sobre la tierra*”. El 2 de marzo de 1972 se suspendió gubernamentalmente este método hasta que el 20 de Julio de cuatro años más tarde se prohibió definitivamente⁸⁸⁷. Como alternativa al método de obtención de información de *las Cinco Técnicas*, y siguiendo la recomendación de *Lord Gardiner*, en discusión parlamentaria se pensó en practicar el tipo de *interrogatorio aplicado en tiempos de guerra*. Consistía en hacer confesar a personas hostiles a Gran Bretaña preparados para resistir los métodos normales de interrogatorio. Pero después de una investigación coyuntural sobre un *caso de espionaje de soldados británicos en Chipre*⁸⁸⁸, acusados de entregar documentos secretos a agentes soviéticos a cambio de sexo, droga y dinero, independientemente de su absolución judicial, se concluyó que, aunque no habían sido sometidos ni a tortura ni a actos inhumanos o degradantes, tampoco su continuada detención y extensión de los interrogatorios ni su aislamiento en territorio extranjero eran condiciones que otorgasen suficiente credibilidad a una prueba, la confesión, entre cuyas garantías mínimas para su validez jurídica deben de respetarse las llamadas reglas judiciales (*Judges' Rules*) pensadas para descubrimiento del delito y no para fines de inteligencia⁸⁸⁹.

En cuanto al alambicado tema de *la tortura* con ocasión de la admisión probatoria de una confesión fue tratado por una importante decisión judicial como fue el *caso de 1977 R.v.McCormick*⁸⁹⁰. Esta Resolución llegó a ser conocida como

⁸⁸⁶ Esto es, 1) encapuchar al detenido, 2) someterlo a un ruido altamente estridente, 3) privarle de descanso sin dormir, 4) privarle de una dieta equilibrada, solo pan y agua, 5) y a obligarle a permanecer de pie contra la pared, con las manos en alto y apoyadas sobre ella, manteniendo las piernas abiertas. Vid. Anexo I.

⁸⁸⁷ Vid. Anexo I.

⁸⁸⁸ Vid. *The Mirror*, 14 de noviembre de 1985.

⁸⁸⁹ VERCHER, NOGUERA, A. (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*” Ob. cit. pp. 125-129. Vid. Anexo I.

⁸⁹⁰ En esta decisión el *Juez McGonigal* rechazó la existencia de torturas y en base al **art.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos** señaló que aunque la Convención prohíbe el

“la carta constitucional del torturador”, pero no plasmó la actitud general de toda la judicatura norirlandesa porque, si bien sería necesaria una mayor contundencia y claridad, tal como ha puesto de manifiesto la Comisión Permanente de los Derechos Humanos de Irlanda del Norte, casos posteriores como el de 1979 de *R.v.O´Halloran* así lo atestiguan al afirmar ya que “es difícil imaginar alguna forma de violencia física que pudiera ser aplicada al sospechoso en el interrogatorio...y que no fuera excluible ...”. **VERCHER**⁸⁹¹, sobre la preservación que se debe de tener del derecho a la intimidad, finalmente se lamenta de que la práctica policial del arresto para realizar interrogatorios no sea más que un estadio que puede fácilmente evolucionar hacia otro superior de recopilación de información para fines de inteligencia y operaciones de Seguridad, añadiendo como nuevos tipos de preocupación a ese respecto la reciente introducción de cámaras ocultas de vídeo y de televisión en locales públicos, estaciones, estadios deportivos, metro, etc., para prevenir delitos, así como la introducción de pequeñas emisoras de radio adheridas al cuerpo de delincuentes en situación de libertad para controlarles y prevenir actividades delictivas.

Respecto al llamado sistema de prueba cómplice en *Inglaterra e Irlanda del Norte* al *delator* (“*supergrass*es”) no sólo es el simple informador de la Policía sino el que *habiendo estado envuelto en actividades delictivas* (confidente) también actúa de testigo⁸⁹² de cargo a favor de la acusación y contra sus compinches, generalmente a cambio de una inmunidad, de una promesa policial de no proceder procesalmente contra él, o de una condena muy favorable hacia su persona. Esta obtención de prueba se basa remotamente en el principio de “*apresar un ladrón a través de otro ladrón*”⁸⁹³. También hay que tener en cuenta que, sin perjuicio de reconocer la antigüedad de la institución del “*perdón de la Corona*”, el moderno

uso de tortura, no prohíbe “una cierta dureza de tratamiento” incluyendo “bofetadas o golpes en la cabeza con la mano”.

⁸⁹¹ **VERCHER. NOGUERA, A.** (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*” *Ob. cit.*, pp. 138 y 139. Sobre la evolución del uso de poderes de arresto con fines de inteligencia concluye que, posiblemente, ha proporcionado al poder Ejecutivo información exacta y actualizada sobre el IRA, aunque ésta es una presunción que no se puede verificar y la única realidad es que no ha evitado la tortura, los malos tratos ni la desconfianza popular hacia las autoridades norirlandesas, siendo a su juicio de todo ello lo peor el que ese sistema se empiece a aplicar a todo el Reino Unido.

⁸⁹² Pero a la pregunta de *¿cuál es la confianza que merece la prueba de testigos en general?* en el sistema legal anglosajón, al igual que el Continental, en principio tiene prueba de cargo suficiente para condenar o absolver. No obstante, el Juez valora la fiabilidad y los intereses espúreos que pueda tener la declaración de cualquier testigo, en especial la del delator.

⁸⁹³ Tiene su fundamento filosófico, según parte de la doctrina británica (así **Radzinowicz**), en los postulados utilitaristas de **Bentham** de la búsqueda del “*mayor bien*”: la impunidad de un solo criminal es menos negativa que la de muchos. Pero los puntos básicos sobre los que se desarrolló el sistema de prueba cómplice tienen su origen en 1975 con el **caso R.v. Turner**. La Sentencia declara que *en el Derecho Común se trata de una prueba válida generalmente aceptada por los jueces por su constante uso en la práctica de Inglaterra desde el siglo XVII, aunque sea necesario y obligado para los jueces advertir previamente al jurado de los peligros de una condena al acusado por una prueba no corroborada del delator, y, por último, que la inmunidad solo se dará por razón de interés público y de manera excepcional.*

sistema de la delación es un tanto especial porque se debe en el *Reino Unido* al brote de alta delincuencia en el período de los ochenta⁸⁹⁴, sistema que se enroca no tanto en la *colaboración* ciudadana cuanto en la *autoprotección ciudadana*, es decir, en la necesidad de la vigilancia por los propios vecinos de determinadas áreas locales, esto es, como una reacción ante el sentimiento popular de impotencia por una falta de actividad policial. Aunque la esencia misma del sistema pocas veces se ha impugnado ante los Tribunales de justicia, la mayoría de los casos de delatores terminan “con sus huesos en la cárcel” previamente acusados ante aquéllos, pero entre los factores más importantes para rebajar, en su caso, la pena está el “efecto concatenado” o cascada ejemplarizante apreciado por la doctrina jurisprudencial británica⁸⁹⁵ y que impulsa a otros delincuentes a colaborar con la Policía.

En materia de Informadores y agentes provocadores⁸⁹⁶, por su parte, **Radzinoicz**⁸⁹⁷ define al “informador” como “el que (sin estar involucrado) pone en conocimiento de las autoridades ciertas trasgresiones legales, dando con ello la apertura de un procedimiento penal, no porque él personalmente haya sido perjudicado o porque quiera ver que se haga Justicia, sino porque la ley le concedía derecho sobre parte de la multa impuesta”. Es ese incentivo económico el que ha impedido que tradicionalmente estuvieran capacitados para ser testigos. Cuando ese informador propone o instiga a otro la comisión de un delito, y éste se comete, el informador se convierte entonces en un “agente provocador”. En este caso el Derecho Común es contrario a la protección de su identidad porque automáticamente, desde ese momento, pierde toda la protección legal en su favor, de forma que el acusado en el Derecho anglosajón, *salvo en Inglaterra*, puede hacer uso de la llamada “defensa de entrampamiento” (traducción por

⁸⁹⁴ Vid. **VERCHER, NOGUERA, A.** (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*” Ob.cit, p.144. Señala entre sus características la de que se trata de una práctica incontrolada e incontrolable por el Ejecutivo, es decir, que se presta al juego en una especie de margen de maniobra o “limbo” policial bajo los criterios discrecionales de considerar (a) si es más conveniente para la Justicia tener al sospechoso como testigo o como acusado, (b) si para la Seguridad pública es mejor conseguir su condena u obtener su información, y (c) las vías alternativas de conseguir información sin necesidad de recurrir al delator.

⁸⁹⁵ **Caso R.v.Sinfield** de 1981.

⁸⁹⁶ Los Tribunales ingleses siguen considerándolos aún necesarios en nuestros días. Apelan al interés público para su mantenimiento, idea que colinda con el de la colaboración ciudadana, y, según el Derecho Común, una vez el informador ha perdido su *estatus* legal y se ha abolido teóricamente la posibilidad de recibir nuevos incentivos económicos, no existe, en principio, limitación alguna para que el informador pueda actuar como testigo, al igual que cualquier ciudadano. Para ello se considera que los Tribunales no están obligados a respetar promesa de confidencialidad, a valorar en interés de la Justicia si un testigo debe de serlo protegido y, en último extremo, a revelar su identidad si es la única manera de probar la inocencia de una persona acusada.

⁸⁹⁷ **VERCHER NOGUERA, A.** (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*” Ob.cit, p. 178.

puertorriqueños de “*entrapment*”) ⁸⁹⁸; en fin, lo que en el Derecho de la Guerra se llamaría una añagaza o estratagema ilegal o hasta *una perfidia* ⁸⁹⁹.

Resultado de todo este sistema procesal fueron Los “Tribunales” Diplock ⁹⁰⁰. Estrechamente relacionados con los sistemas de arresto, detención e interrogatorios previamente examinados, *trataron de facilitar el aumento de condenas por delitos de terrorismo* para períodos como los que en *el Ulster* se vivieron en 1972. Hasta esa fecha se consideró que el quehacer judicial ordinario tenía puntos vulnerables en esta materia; así la amenaza de testigos y miembros de jurados, jurados parciales y la ineficacia de normas de derecho común en materia probatoria como la confesión. **VERCHER** ⁹⁰¹ señala *tres diferencias con respecto a los Tribunales ordinarios: primero*, los Tribunales Diplock están legalmente capacitados para admitir cierto tipo de pruebas, especialmente confesiones, que serían inadmisibles ante un Tribunal ordinario ⁹⁰²; *segundo*, sólo son competentes para conocer de los delitos más cometidos por los terroristas; y *tercero*, son unipersonales, no colegiados (de ahí nuestro entrecomillado en el enunciado que encabeza este apartado). Dada su polémica ⁹⁰³ por el trato dado a

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p.185. Vid Anexo I.

⁸⁹⁹ En **Irlanda del Norte** la revelación del informador nunca se ha admitido jurisprudencialmente, ya que atendiendo las circunstancias políticas el **Juez Lowry** en el **caso Ex party Lynch** mantuvo que el agente que efectúa el arresto tiene el deber de comunicar solo “*las fuentes y fundamentos de su sospecha razonable...pero no las fuentes informadoras de los hechos en los que se basa esa sospecha*”. Si esta postura se radicaliza para todos los supuestos ello sería susceptible de crítica por **VERCHER** (Ob. cit. p.190). Para él los Tribunales deberían distinguir entre la información proporcionada por *un informador* y *la información proporcionada por otras fuentes de información distinta*, toda vez que habiendo personas intermedias en el traspaso de un correveidile, como pueda suceder en instituciones jerarquizadas como el Ejército o la Policía, puede dar lugar a que falsamente y con una simple orden (de un superior que no tenga escrúpulos de conciencia) aquélla sea suficiente para la producción de la sospecha, siendo así inútil efectuar preguntas sobre fuentes de información a los agentes que practican arrestos o a quienes se les ha ordenado arrestar a alguien. Pone como ejemplo la acreditada política de tirar a matar (*shoot to kill*) que a veces han llevado a cabo determinadas fuerzas del orden en *el Ulster*.

⁹⁰⁰ Vid. **PERRUCA ALBADALEJO, V.** (2007) “*Los expedientes militares gubernativos como parangón entre el Derecho común inglés y el Derecho no común español*”. Sección de artículos de Derecho Militar de noticias jurídicas.com., Julio. En relación con los Tribunales *Diplock* y el conflicto norirlandés se expone **bibliografía y exponemos** las coincidencias del Derecho Inglés con el español en materia de expedientes gubernativos militares por razón de consumo habitual de droga.

⁹⁰¹ **VERCHER, NOGUERA, A.** (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*” Ob.cit, p. 196.

⁹⁰² Vid.Anexo I.

⁹⁰³ Pero, con arreglo a la letra del **art.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos** (“...*No debieran considerarse inadmisibles declaraciones obtenidas como resultado de construir una atmósfera psicológica en la que el deseo inicial del sospechoso a permanecer en silencio sea sustituido por una urgente necesidad de confiar en el interrogador...*”) en casos de terrorismo **Lord Diplock** propuso en 1972, por un lado, que toda admisión inculpatoria realizada por el acusado debía ser utilizada como prueba *a no ser que se demostrara fehacientemente que se hubiera obtenido sometiendo a tortura o trato inhumano o degradante; y, por otro, que el condenado no podría serlo en base a su confesión si después quedase probado que se hubiera obtenido en aquellas condiciones*. Este jurista vio como alternativa al internamiento el uso de un interrogatorio duro y efectivo que no tenía por qué llegar a ser “inhumano” ni “degradante”, por lo que esta recomendación fue recogida en las **leyes de 1973 y 1978**, con la única diferencia en que la última no recogía el supuesto para casos de procedimientos sumarios, y hasta ha pervivido en la **ley de 1987** después del sometimiento a revisión por el **Informe Baker**.

la prueba de confesión, incluso en la legalidad *ordinaria* británica, a partir de 1984 el sistema de Derecho Común en este apartado se sustituyó por el *principio de fiabilidad*, es decir, se excluyen las confesiones obtenidas por opresión, la cual incluye torturas, tratos degradantes e inhumanos y el uso de amenazas de violencia, e incluso las obtenidas a consecuencia de cualquier cosa dicha o hecha que pudieran poner en duda su fiabilidad en determinadas circunstancias. *Pero este sistema en materia antiterrorista tenía las particularidades siguientes:* 1. Que el acusado debía probar *prima facie* su denuncia de tortura o incidencia similar en la confesión: si lograba presentar ese *principio de prueba* como requisito de procedibilidad de su denuncia la acusación debía demostrar su inexistencia eliminando de la mente del tribunal cualquier atisbo de duda razonable. 2. Basándose en el Informe de la Comisión Europea sobre el *caso Ireland v. United Kingdom* relativo a la problemática de las Cinco Técnicas, en 1977 el Juez *McGonigal* en el *caso McCormick* afirma sobre la difícil tarea de delimitar cuál es la fina línea que separa un interrogatorio intensamente duro, pero legal, respecto del prohibido, que “*la Comisión distingue en el caso Griego entre actos prohibidos por el art.3 de la Convención y lo que denomina cierta dureza de tratamiento (la cual)...puede adoptar la forma de bofetones o golpes en la cara...lo que proporciona al interrogador la posibilidad de usar con moderación cierto grado de malos tratos físicos con el propósito de inducir a una persona a hacer una declaración. Según mi opinión –afirma- esta es la forma en que esas palabras deben ser interpretadas...*”⁹⁰⁴. 3. Otra de las relevantes características de estos “Tribunales” es que son *unipersonales* para evitar posibles intimidaciones de sus miembros o actuaciones arbitrarias. Esto conllevó *críticas de su funcionamiento*. *En primer lugar*, existe un peligro de “endurecimiento” del juez que decide el caso solo, sin intervención de Jurado alguno. *En segundo lugar*, en este tipo de “Tribunales” la distinción entre el juez como director del procedimiento y el Jurado como Tribunal juzgador de los hechos se convierte en una mera entelequia. Por último, decir que de forma paralela a estos tribunales transcurrió también el debate operacional⁹⁰⁵ de la conveniencia o necesidad de llevar a cabo Policía y Ejército operaciones conjuntas.

Después del 2001. Bajo el inmediato precedente de *la Regulation of Investigatory Powers Act* (RIPA) del año 2000, el 14 de Diciembre del 2001 se adoptó la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* (ATCSA), sólo vigente hasta el

⁹⁰⁴ **VERCHER NOGUERA, A.** (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*” Ob. cit. , p.211. Para él los Tribunales norirlandeses se han limitado a admitir y aplicar ese patrón sin más consideraciones, lo cual ha facilitado algunos de los instrumentos legales peculiares de la situación de Irlanda del Norte, entre ellos la posibilidad de re-arrestar. Además, la adición a los términos tortura y tratos inhumanos y degradantes por el **art.5 de la ley de 1987** de la expresión “*cualquier violencia o amenaza de violencia (tenga o no la consideración de tortura)*”, a juicio de **VERCHER** significa una importante evolución en el sistema legal inglés que puede impedir se dicten Sentencias tan desafortunadas como las del **caso McCormick**.

⁹⁰⁵ Vid. Anexo I.

24 de marzo de 2004 porque el propio Tribunal de los lores la declararía ilegal por su incompatibilidad con el art.5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por ese país, en cuanto que si bien dicho precepto estipula que es contraria a Derecho toda detención de larga duración fuera del marco estricto de una instrucción judicial, sin embargo, la citada normativa permitía revocar en sí el derecho de *habeas corpus* reconocido en Inglaterra desde 1679 a través de las posibilidades⁹⁰⁶ legales de esta Ley Antiterrorista. El 11 de marzo del 2005 se aprobó la *Ley de Prevención del Terrorismo* (LPT), que ya fue aplicable por igual a ciudadanos nacionales y a extranjeros. Su novedad fue que salva el impedimento de la falta de detención policial directa de un sospechoso extranjero de terrorismo introduciendo una “orden de control”, es decir, una figura de arraigada historia en el contexto antiterrorista de ese país (conflicto del *Ulster*) y que opera como mecanismo de vigilancia de extranjeros, controlar sus movimientos e incluso arrestarlos en su domicilio; de forma que para salvar su legalidad se sujeta al Ministerio del Interior, el único capaz de dictarla, a una necesaria ratificación judicial en el plazo no superior a siete días. Tras el 7 y 21 J del 2005 se promulgaría una nueva Ley Antiterrorista, concretamente en marzo del 2006. De ella se destaca que tipificó varios delitos nuevos, así el de “incitación al terrorismo”, que para los detenidos por terrorismo se amplió el período máximo de custodia policial sin cargos de catorce (14) a veintiocho (28) días, y que la nueva Legislación antiterrorista incidió directamente sobre el estatuto jurídico de los extranjeros, con medidas claramente limitativas de sus derechos⁹⁰⁷.

JAPÓN. El 29 de octubre del 2001 aprobó una Ley Antiterrorista⁹⁰⁸ que permitió a las Fuerzas de Autodefensa (FAD) participar en misiones de apoyo a las

⁹⁰⁶ Vid. Anexo I.

⁹⁰⁷ De esta manera se pretendió dotar al Ministro del Interior de mayores facultades para poder excluir o deportar a extranjeros que alienten ideas terroristas; aumentar los controles sobre ciudadanos británicos que no puedan ser expulsados, que podrán ser detenidos en caso de resistencia; modificar la legislación de asilo para impedir la entrada de toda persona que haya tenido cualquier clase de vínculo con Organizaciones terroristas; e incluso ilegalizar Organizaciones musulmanas radicales como *Muhayirun* o *Hizb ut Tahrir*; retirar la nacionalidad británica, previa consulta, de ciudadanos británicos envueltos en actividades radicales; etc.

⁹⁰⁸ Esa legislación permite participar en operaciones de búsqueda y rescate y uno de los puntos más polémicos es la expansión de situaciones en que sus Fuerzas Armadas (las FAD) pueden hacer uso de armas de fuego: porque si hasta entonces solo podían hacerlo en caso de defensa propia ahora se establece que pueden hacerlo para defender a aquellos que estén *a su cargo*, término que incluye tanto a refugiados como a militares de otros ejércitos. Ello ha suscitado el debate sobre su constitucionalidad toda vez que Japón renunció a la guerra para resolver conflictos internacionales. La opinión pública permaneció dividida: un 42 % era partidario de la medida y el 46 % contrario, planteándose en el debate político parlamentario una reforma constitucional de unas nuevas Fuerzas Armadas “normales” sin prejuicios sobre el militarismo histórico japonés. *Nakatani*, Director nipón de la Agencia de Defensa de su país, aclaró expresamente con la nueva Ley en la mano que sus soldados no solo podían usar armas “antitanque” sino que estarían autorizados para atacar a Fuerzas hostiles mientras éstas se estuvieran apartando del escenario de las hostilidades *para recargar*. El rol exterior de esa Ley antiterrorista se hizo depender también de la Ley de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP) bajo mandato ONU ya que parecía

acciones militares en *Afganistán* y proteger bases militares norteamericanas en su suelo sin ser necesaria la declaración del estado de emergencia, toda vez que según su primer ministro *Jonichiro Koizumi* ya se advirtió de que “*no podemos combatir el terrorismo diciendo que no queremos perder a nadie. Debemos estar preparados para algunas bajas japonesas*”⁹⁰⁹. Esa ayuda a La Coalición pudo tener lugar asimismo por la mala imagen de *Japón* de no hacer lo propio en la I guerra del Golfo (1991).

RUSIA. Aquí fueron los conflictos de *Chechenia* los que dieron el espaldarazo a la Ley de la federación n° 130-FZ de 25 de julio de 1998. Los últimos atentados en dos estaciones (*Lubyanka* y *Park Kultury*) del metro de *Moscú* en marzo del 2010 evidenciaron las deficiencias de los órganos de seguridad e impulsaron la voluntad de políticos y expertos para hacer más eficaz la lucha contra el terrorismo⁹¹⁰.

CHINA. A diferencia del anterior Estado aquí sí es sabido por todos que su legislación sí prevé expresamente la pena de muerte y que históricamente suelen existir brotes de problemas sobre su soberanía respecto al *Tíbet* y *Taiwán*. Además, con la represión de *los uigures* en su propio territorio a raíz de la revueltas de este pueblo de religión musulmana en el año 2009 *China* se mantiene alerta⁹¹¹ de las hipotéticas amenazas internas de grupos ligados a *Al Qaeda* y en constante comunicación con *la Comunidad Internacional*. De hecho, tras los atentados de París y a fines de diciembre de 2015 su Gobierno no sólo ha nombrado al primer jefe de la lucha antiterrorista sino que se ha promulgado su primera ley en tal sentido. Define⁹¹² vagamente el terrorismo, obliga a las empresas tecnológicas a mantener servidores dentro del país y a proporcionar al Gobierno chino, sin autorización judicial previa, información sensible (claves de encriptación, por ejemplo) a la vez que también les ordena instalar “puertas traseras” (mecanismos para evitar los sistemas de seguridad) en sus productos y establece la prohibición a cualquier individuo u organización de que fabrique y difunda información sobre incidentes o publique detalles de actividades terroristas que pueden conducir a su imitación. Frente a sus críticas, el Gobierno chino sostiene que está en su derecho de promulgarla ante la amenaza cada vez mayor claramente demostrada por el

que iba a ser revisada de inmediato en el sentido de permitir más flexibilidad en el uso de armas por los *cascos azules* nipones.

⁹⁰⁹ Más tarde personal civil de ese país y de Filipinas en Iraq sería tomado como rehén, bajo condición de retirada de tropas.

⁹¹⁰ Vid. Anexo I.

⁹¹¹ Vid. Anexo I y **SOTO, A** (2004). “*China y EE.UU: balance de tres años de cooperación tras el 11-S*” en ARI N° 130/2004, Real Instituto Elcano.

⁹¹² “*Cualquier proporción o actividad que, por medio de violencia, sabotaje o amenaza, genera pánico social, socava la seguridad pública, infringe los derechos personales y patrimoniales y amenaza a los organismos gubernamentales e internacionales con objetivos políticos e ideológicos*”

hecho de que decenas de ciudadanos chinos, de etnia iugur, ya combaten en filas del ISIS.

PAKISTÁN. Tras así haberlo aludido el Presidente *Obama*, la principal Agencia de inteligencia *pakistaní* reconoció que compartió información con EE.UU sobre *Osama Bin Laden*, único papel que según sus altos cargos interpretó *Pakistán* en la *Operación Jerónimo* y sin haber precisado si su contribución fue o no decisiva para lanzar el ataque o conocerse antes su paradero en *Abbottabad*, muy cerca de *Islamabad*⁹¹³.

LA INDIA. Debido a los violentos conflictos en *Cachemira* la Ordenanza para la Prevención del Terrorismo de 4 de Octubre del 2001 fue una Legislación precursora⁹¹⁴.

XVII. NORMATIVA EUROPEA

Entre las fuentes adicionales señalamos las de un simposio⁹¹⁵.

XVII.I. Centroeuropa

ALEMANIA Y SUIZA Si nos remontamos a los inicios⁹¹⁶ de la lucha antiterrorista en Alemania, se parte de la base de que fue principalmente a partir de la década de 1970 cuando la Fracción del Ejército Rojo (*Rote Armee Fraktion*,

⁹¹³ Vid. Anexo I.

⁹¹⁴ El ataque sufrido en *Bombay* el pasado noviembre del año 2009 (por ser la capital comercial del país) puso de manifiesto que el sistema de Seguridad mostraba tales debilidades que desde entonces se ha planteado establecer un sistema integral de vigilancia exterior, un control preventivo de fronteras, un centro de coordinación antiterrorista de naturaleza operativa y una oficina de apoyo a las víctimas que sirva de soporte a su sufrimiento, mientras que en el aspecto multilateral se aboga tanto por la puesta en marcha de una estrategia global contra el terrorismo en el marco de la ONU como por suscribir la Convención Internacional al respecto, así como trabajar de manera conjunta con los países mediterráneos, entre ellos *España* (Vid.Público.es el titular de la noticia "*España e India colaborarán en la lucha antiterrorista*" de la corresponsal en *Nueva Delhi* Elisa Reche el día 06 de enero de 2009 (08:00 horas), según se ha conseguido el día 30 de mayo del 2011 a las 14:26 horas mediante el servidor Google de Internet.), en cuanto que los consideran un enclave estratégico de cara a los países del norte de *África* y puente hacia *Iberoamérica*.

⁹¹⁵ Simposio del Instituto General Gutiérrez Mellado el día 11 de marzo de 2011 sobre "*la amenaza del terrorismo islamista en Europa occidental*" en el que participaron **Fernando Reinares** ("*Siete años después del 11-M*"), **Javier Jordán** ("*La amenaza del terrorismo islamista en España*"), **Jean-Francois Daguzan** ("*La amenaza del terrorismo islamista en Francia*"), **Marco Lombardi** ("*La amenaza del terrorismo islamista en Italia*"), **Lindsay Clutterbuck** ("*La amenaza del terrorismo islamista en Reino Unido*"), **Magnus Ranstorp** ("*La amenaza del terrorismo islamista en Alemania*"), **Guido Steinberg** ("*La amenaza del terrorismo islamista en Alemania*"), **Rik Coolsaet** ("*La amenaza del terrorismo islamista en Bélgica*"), **Raphael Perl** (por la OSCE) y **Miguel Requena** (por la UNED).

⁹¹⁶ Seguimos en tal sentido a **CANO PAÑOS, M.Á.** (2008): "*Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania, análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980*". Artículo publicado en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología nº 10-14, ISSN 1695-0194, <http://criminet.ugr.es/recpc>. Pp.14:1-14:31. Es investigador Ramón y Cajal. Universidad de Granada.

RAF), Organización adscrita al terrorismo revolucionario de extrema izquierda, mantuvo en jaque al dividido país en su parte occidental. Esa amenaza terrorista de carácter interno dio lugar a una cascada de disposiciones legislativas hasta que, por los atentados del 11-S y su conexión con Alemania (la célula de Hamburgo), su Parlamento se viera confrontado con un terrorismo transnacional de base yihadista. Legislación penal y procesal cuyo interés sigue vigente en la actualidad porque es la base de la que sería la de la lucha contra el terrorismo islamista y porque, además, se presenta como paradigma de lo que ya hemos comentado con anterioridad: el Derecho Penal del enemigo. Atendiendo a la cronología de la Legislación citada, hay que decir de entrada que, a la hora de perseguir a la delincuencia terrorista como una criminalidad organizada y violenta, ésta podría haber llevado al legislador alemán de la época a considerar la posibilidad de hacer frente al terrorismo a través de una Legislación especial como, por ejemplo, hizo el *Reino Unido* en su lucha contra el IRA. *No obstante, los sucesivos Gobiernos alemanes desecharon esa posibilidad desde un principio.* Las reformas operadas dieron lugar a una ampliación y a un endurecimiento considerable del Derecho Penal. En el Derecho Procesal la Legislación antiterrorista trajo consigo importantes restricciones de los derechos de los imputados y sus defensores, así como un aumento de las competencias de los órganos encargados de la persecución penal: La Legislación antiterrorista se inicia en *Alemania* mediante la Ley Complementaria de la Primera Ley de reforma del Derecho Procesal Penal, de 20 de Diciembre de 1974. Estableció importantes modificaciones del derecho de defensa, así como una serie de medidas dirigidas a facilitar el desarrollo de los juicios orales por causas terroristas. Posteriormente la Ley de reforma del Derecho Penal nº 14, de 22 de Abril de 1976, introdujo nuevos tipos penales dentro del ámbito relativo a los delitos de opinión. Le siguió la llamada “Ley Antiterrorista” de 18 de agosto de 1976, que es la norma central durante la década de los setenta. Creó un nuevo tipo: *la constitución de Organizaciones terroristas*, el cual se recogió en el § 129a del Código Penal *Alemán* (StGB)⁹¹⁷. Procesalmente introdujo reformas en la figura tanto del imputado como de su abogado defensor e instauró la competencia originaria del Fiscal Federal General así como de los Tribunales Superiores de Justicia. Un año más tarde, la Ley de reforma de la Ley Introductoria de la Ley de Organización de los Tribunales, de 30 de Septiembre de 1977, introdujo el controvertido instituto de la “*interrupción de contactos*” para sujetos acusados o condenados por terrorismo. Posteriormente, la Ley de la Ordenanza Procesal de 14 de abril de 1978, trajo la aprobación de medidas destinadas a mejorar la eficacia de la persecución de los delitos de terrorismo. El 19 de diciembre de 1986 se aprobó la Ley de Lucha Contra el Terrorismo. Amplió y endureció considerablemente el § 129a StGB. Finalmente,

⁹¹⁷ Vid. Anexo I.

la Ley de 09 de Junio de 1989 introdujo el instituto del “testigo principal” o “testigo de la Corona” para los delitos de terrorismo.

Antes del 11-S. Los 70.⁹¹⁸. El comienzo de la Legislación antiterrorista en Alemania coincide con “*la Gran Reforma del Derecho Penal*” (que va de 1969 a 1974) bajo los influjos inspiradores y clásicos –ya de *Beccaria*- como son el de humanización y liberalización de tal Derecho. Se vuelve a colocar en un primer plano al sujeto autor del delito (agente), la reinserción social, la supresión de la pena de presidio y la ampliación de la medida de suspensión condicional de la pena. Paradójicamente es en este contexto cuando surgió una Legislación antiterrorista de marcado carácter represivo. Las reformas penales dirigidas a hacer frente a la delincuencia terrorista se iniciaron mediante la Ley de Reforma del Derecho Penal nº 14, de 22 de abril de 1976. Para el legislador alemán de la época existía un vacío normativo en aquellos ámbitos previos a la comisión de delitos de terrorismo. Así, endureció los delitos de opinión. Entre los tipos penales de nueva creación hay que destacar primero el § 88a StGB relativo⁹¹⁹ al favorecimiento anticonstitucional de hechos delictivos y en segundo lugar el § 130a StGB relativo⁹²⁰ a la instrucción para delinquir. Asimismo endureció el castigo de conductas basadas en amenazar con la comisión de un delito (§ 126 StGB)⁹²¹, así como la recompensa y aprobación de delitos en el § 140 StGB⁹²². Parece ser que tales medidas, sin embargo, no fueron eficaces⁹²³. La obligación de cualquier

⁹¹⁸ Vid. Anexo I.

⁹¹⁹ Hoy derogado, según la misma fuente de nota anterior este tipo se correspondería con el actual § 89 relativo a acciones anticonstitucionales contra el Ejército y los órganos de Seguridad Pública, compuesto de tres incisos: (1) Quien metódicamente actúe sobre los miembros del Ejército o de un órgano de seguridad para minar su disponibilidad obligatoria para la protección de la República Federal Alemana o contra los principios constitucionales, será castigado con pena privativa de libertad por cinco años o con multa. (2) La tentativa es punible. (3) El §86 inciso 4 rige en lo pertinente.

⁹²⁰ Redacción actual: Quien distribuya, exponga públicamente, fije, exhiba o de lo contrario haga accesible una publicación, que sea adecuada para servir de instrucción a un hecho antijurídico de los citados en el §126 inciso 1 y que según su contenido esté destinado a provocar la disponibilidad de otros para cometer tal hecho o a despertarla, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa. (2) De la misma manera será castigado quien distribuya, exponga públicamente, fije, exhiba o de lo contrario haga accesible una publicación que sea apropiado para servir de instrucción a un hecho antijurídico de los citados. (3) El §86 inciso 3 rige en lo pertinente.

⁹²¹ Redacción actual: Quien, de una manera que sea apropiada para perturbar la paz pública, amenace con: 1.uno de los casos de perturbación del orden público.2.un asesinato, homicidio, genocidio.3.una lesión personal grave.4.un hecho punible contra la libertad personal.5.un robo o una extorsión violento.6.un crimen de peligro público.7.un delito de peligro público, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa. (2) De la misma manera será castigado quien de manera apropiada para perturbar la paz pública, simule contra sí mismo que está próxima la realización de uno de los hechos antijurídicos de los descritos en el inciso 1.

⁹²² Redacción actual: Quien (1) recompense (2) o apruebe de una mera que sea apropiada para perturbar la paz pública en una reunión pública o por medio de la divulgación de publicaciones alguno de los hechos antijurídicos (cuyos tipos se señalan), después de haber sido cometidos o de haber sido intentados en forma punible, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa.

⁹²³ En la mayoría de las ocasiones los jueces colocaron en la cúspide de su juicio los derechos fundamentales tales como los de libertad de prensa, opinión y de cátedra, y no apreciaron pruebas

individuo de denunciar delitos de comisión inminente se impuso por la Ley Antiterrorista de 18 de Agosto de 1976 a través de la disposición § 138 StGB relativa⁹²⁴ al tipo omisión de denuncia de delitos planeados (en *España*: encubrimiento), pero únicamente con respecto a un *numerus clausus* de conductas delictivas graves. Además, dicha obligación sufrió una limitación importante en el § 139 StGB, el cual entre otras cosas establece⁹²⁵ la impunidad del delito de omisión de denuncia (en *España*: una excusa absolutoria) en aquellos casos en los que el sujeto activo fuera un familiar del sujeto a denunciar, un abogado defensor o médico. Debía castigarse con la pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena de multa aquél que, conociendo de forma acreditable el proyecto o la realización de un delito, omitiese denunciarlo cuando podía ser todavía evitado. Por su parte, quedaba libre de castigo quien omitía una denuncia que debía presentar contra un familiar, cuando aquél se hubiera esforzado seriamente por mantener a ese familiar alejado del hecho delictivo o por evitar la consumación del delito, y siempre y cuando no se tratase de un delito de homicidio, asesinato o genocidio. A este catálogo de delitos se añadieron en 1976 la extorsión

concluyentes; además la autorizada doctrina penal alemana denunció la amplitud penal de actos meramente preparatorios cuyo aparente vacío podía ser cubierto por disposiciones penales ya existentes. Esto conllevó a que en una reforma del año 1981 los **§ 88a StGB** y **§ 130a StGB** se suprimieran.

⁹²⁴ Redacción actual: Quien (1) creíblemente se entere de un Plan o de la ejecución a un tiempo en el que todavía se pueda desviar la ejecución o el resultado: 1. de una preparación de una guerra de agresión. 2. de una alta traición. 3. de una traición a la Patria o de una puesta en peligro de la seguridad externa. 4. de una falsificación de dinero o de títulos valores, o de una falsificación de unas tarjetas de pago y formularios para eurocheques. 5. de un grave tráfico de personas. 6. de un asesinato, homicidio o genocidio. 7. de un hecho punible contra la libertad personal. 8. de un robo una extorsión violenta. 9. de un hecho punible de peligro público en los casos que cita, y omita a avisar de inmediato a la autoridad o al amenazado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. (2) De igual manera será castigado quien creíblemente se entera sobre el Plan o ejecución y omita avisarle de inmediato a una autoridad a un tiempo en que la ejecución todavía pueda evitarse. (3) Quien descuidadamente omita poner la denuncia, aunque él se haya enterado creíblemente acerca del Plan o ejecución de un hecho antijurídico, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

⁹²⁵ Redacción actual: (1) Si en los casos del precepto anterior el hecho no ha sido intentado, entonces se puede prescindir del castigo. (2) Un sacerdote no está obligado a denunciar lo que le ha sido encomendado en su calidad de pastor de almas. (3) Quien omita una denuncia que él debería poner en contra de un pariente, queda sin castigo, si él se ha empeñado seriamente por haberlo hecho desistir de cometerlo o de desviar su resultado, a menos que se trate de un asesinato, homicidio o genocidio, de un secuestro extorsivo, de una toma de rehenes, de un ataque a un transporte aéreo y marítimo, por parte de una Organización terrorista. Bajo las mismas condiciones no está obligado a denunciar un abogado o un defensor o un médico que se la haya encomendado en esa calidad. (4) Queda sin castigo quien evita la ejecución de un hecho de una forma diferente al de la denuncia. Si no se efectúa la ejecución o no tiene resultado el hecho sin intervención del obligado a poner la denuncia, entonces es suficiente para su no punibilidad su serio empeño para evitar el resultado.

mediante secuestro (§ 239a StGB)⁹²⁶, la toma de rehenes (§ 239b StGB)⁹²⁷ o el ataque al tráfico aéreo (§ 316c párrafo 1 StGB)⁹²⁸. La realización de dichas conductas constituía un peligro de tal calibre que resultaba necesario ampliar la obligación de denuncia no sólo a familiares, sino también a abogados defensores o médicos.

Según reiterada jurisprudencia⁹²⁹ del Tribunal Supremo Alemán, una asociación u Organización “*es una agrupación de personas de carácter organizado con una cierta vigencia temporal, las cuales, sometiendo la voluntad individual de cada sujeto integrante a una voluntad común, persiguen una serie de objetivos, estando sus miembros interrelacionados entre sí de tal manera que se consideran un grupo unitario*”. En este sentido afirma⁹³⁰ que una agrupación compuesta sólo por dos sujetos no puede considerarse una asociación de carácter ilícito, exigiendo un mínimo de tres personas.

La Ley Antiterrorista de 1976, teniendo por bien jurídico protegido la seguridad interior y la Paz pública, introdujo por primera vez el concepto de “terrorismo” creando como cualificado el tipo § 129a StGB respecto al básico § 129 StGB⁹³¹.

⁹²⁶ Secuestro extorsivo (Redacción actual): Quien secuestre a una persona, o se apodere de ella, para aprovechar la preocupación de la víctima por su bienestar o para aprovechar la preocupación de un tercero por su extorsión, o quien aproveche la situación de la persona creada por él por medio de tal extorsión, el castigo será la pena privativa de libertad no inferior a cinco años. (2) En casos menos graves el castigo será de pena privativa de libertad no inferior a un año. (3) Si el autor causa por medio del hecho por lo menos con imprudencia la muerte de la víctima, entonces el castigo es de pena de privación de libertad de por vida o pena privativa de libertad no inferior a diez años (4) El Tribunal puede disminuir la pena si el autor permite que la víctima regrese a su medio ambiente bajo renuncia al resultado perseguido. Si el resultado se presenta sin la acción del autor, entonces basta su esfuerzo serio para alcanzar el resultado.

⁹²⁷ Quien secuestre a una persona, o se apodere de ella, para coaccionarlo a él o a una acción, tolerancia u omisión o a un tercero por medio de la amenaza con la muerte o de una grave lesión personal, de la víctima o con la privación de libertad por más de una semana, o quien aproveche la situación creada por él a una persona para un tal constreñimiento, será castigado con pena privativa de libertad no inferior a cinco años. (2) El precepto anterior, incisos 2 a 4, rige en lo pertinente.

⁹²⁸ Redacción actual (Ataques al transporte aéreo y marítimo). (1) Con pena privativa de libertad no inferior a cinco años, será castigado quien: 1. emplee violencia o ataque la libertad de decisión de una persona, o practique otras maniobras con el fin de obtener el dominio o para influir en su manejo, a) sobre una aeronave civil que se encuentre en vuelo, o b) sobre un barco de transporte marítimo civil.

⁹²⁹ Bundesgerichtshof, BGH, NJW 1975, p.985; BGH, NJW 1957, p.69 =BGHSt 10,16, 28,147).

⁹³⁰ Bundesgerichtshof, BGH, NJW 79, p.172.= BGHSt 28,147 y BGH, MDR 77, p.282.

⁹³¹ Redacción actual. Conformación de asociaciones criminales. (1) Quien forme una asociación criminal cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer tales hechos, o quien participe en una tal asociación como miembro, haga propaganda para ella o la apoye, será castigado con la pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa. (2) El inciso anterior no se aplicará: 1. cuando la asociación sea un partido político, que el Tribunal Constitucional Federal no haya declarado como inconstitucional, 2. cuando la comisión de hechos solo sea un objeto o una actividad de significado secundario, o en la medida en que 3. el fin o la actividad de la asociación se consideren punibles según los § 84 a 87. (3) La tentativa de fundar una asociación en el sentido del inciso 1, es punible. (4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los autores mediatos, o si se presenta algún caso especialmente grave, entonces se reconocerá pena privativa de libertad de

Contemplaba una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años, lo que hacía que el hecho delictivo fuera considerado como una falta, y preveía una pena de prisión de entre uno y diez años para los líderes (integrante de Organización) y los “hombres de atrás” (no integrante de la Organización) socialmente conocidos como “*autor intelectual*”. La crítica de la doctrina alemana penalista (caso de Richard Sturm, en “*Zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen –Ein Beitrag zum Gesetz vom 18. August 1976–*”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, núm. 1) por crear un tipo específico referido a Organizaciones terroristas se contrarrestó con una valoración positiva de los jueces hacia la Ley. La característica más llamativa del § 129a StGB es que contenía los rasgos definidores del llamado “*Derecho Penal de Autor*”: *la posibilidad criminológica en su día ya sugerida por LOMBROSO*⁹³² *de castigar el carácter o el modo de ser de un sujeto más allá de la eventual comisión de un hecho delictivo*, por lo que tal amplitud del tipo penal era objeto de críticas junto con aquella otra que consideraba que tal tipo constituía al mismo tiempo una disposición de carácter indagatorio y procesal. El precepto estaba vinculado a un gran número de medidas tanto policiales como procesales aplicables sólo a la delincuencia terrorista (exclusión del abogado defensor, celebración del juicio oral en ausencia del acusado, control de la correspondencia escrita entre abogado e imputado/condenado, admisibilidad de medidas especiales de investigación especial, etc.). Hubo voces que clamaron su supresión de la normativa penal. A nivel político, los Verdes en el año 1984. Las propuestas de supresión de aquel precepto sufrieron un revés definitivo mediante la aprobación en el año 1986 de la Ley de Lucha Contra el Terrorismo, la cual trajo consigo una ampliación y un endurecimiento considerables del § 129a StGB. **Para los abogados de la RAF, sus clientes eran combatientes en una guerra que se estaba librando a nivel planetario contra el sistema imperialista-capitalista.** Por ello consideraban que los procesos penales eran en realidad “procesos políticos”⁹³³ en los que, por leyes especiales de los setenta, existían como armas estatales de lucha la interrupción de contacto en prisión del terrorista

seis meses hasta cinco años. (5) El Tribunal puede prescindir de un castigo de acuerdo con los incisos 1 y 3, en el caso de partícipes cuya culpa sea menor y su colaboración de importancia secundaria. (6) El Tribunal puede atenuar la pena según su criterio o puede prescindir de un castigo cuando el autor: 1. se empeñe libre y seriamente por impedir la continuación de la asociación o la comisión de un hecho punible que corresponda a uno de sus objetivos, o 2. libremente revele su conocimiento a una autoridad pública tan oportunamente que los hechos punibles cuya planeación él conoce, todavía puedan evitarse; si el autor alcanza su meta de impedir la continuación de la asociación o si se alcanza sin su intervención, entonces él no será castigado.

⁹³² **LOMBROSO, C.** (1893). *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*. Fratelli Bocca. Turín. Llegó a la cima de realizar propuestas históricas del terrorismo doméstico. Investigó hasta la relación que pudiera tener este fenómeno con las fases de la luna, la presión barométrica, el alcoholismo, la sequía y hasta la dimensión craneal de ciertos individuos. Para él el lanzamiento de bombas, la pelagra y la avitaminosis eran manifestaciones de enfermedades mentales y corporales como consecuencia de sobrealimentarse a base de maíz.

⁹³³ Vid. Anexo I.

con su abogado, las redadas⁹³⁴ para su captura y el establecimiento⁹³⁵ de una jurisdicción especial.

Los 80. En la primera mitad de esta nueva década se venían registrando atentados dirigidos contra bienes de uso público: postes de corriente eléctrica, líneas férreas, materiales de construcción, etc. Sus responsables eran pacifistas contrarios a las centrales nucleares. El día 10 de octubre de 1986 se asesinó por la RAF a un diplomático y esto fue el detonante de la Ley de Lucha Contra el Terrorismo de 19 de diciembre del mismo año⁹³⁶. Esta Ley introdujo en el Código Penal alemán dos nuevas conductas delictivas, una de las cuales ya había tenido un período corto de vida en los setenta. La reforma hizo resurgir el parágrafo § 130a StGB, destinado a penalizar “*la instrucción para delinquir*”. Por otra parte, el § 305a StGB sometía⁹³⁷ a conminación penal aquellas conductas dirigidas a destruir importantes medios o utensilios de trabajo destinados al servicio público, así los vehículos policiales o del Ejército. La Ley modificó también la ley de Organización de los Tribunales con el fin de ampliar las competencias de investigación y enjuiciamiento del Fiscal Federal General de los Tribunales Superiores de Justicia. La última disposición legislativa de esta década fue la Ley de introducción de la regulación del Testigo principal⁹³⁸ aprobada el 9 de junio de 1989, institución que se suprimiría en 1999.

⁹³⁴ La ley de Reforma de la ordenanza procesal de 14 de Abril de 1978 fue bautizada como “*ley de redadas*”. Vid. Anexo I.

⁹³⁵ La Ley Antiterrorista del año 1976 instauró en el § 142a de la Ley de la Organización de los Tribunales la Competencia Originaria del Fiscal General, así como de los Tribunales Superiores de Justicia, contemplada esta última en el § 120 párrafo 1, nº 6, de dicha Ley. El legislador, como aquí en España con la Audiencia Nacional, pretendía una centralización judicial en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. Como consecuencia de estas reformas hubo voces que la calificaron de una “*Jurisdicción especial*”.

⁹³⁶ El tipo penal del § 129a StGB relativo a la “*constitución de Organizaciones terroristas*” se endureció y amplió. En concreto, lo que antes eran faltas se incorporaron ya como delito: las intervenciones peligrosas en el tráfico ferroviario, naval y aéreo; la alteración de servicios públicos y la destrucción de importantes instrumentos de trabajo. De la pena de multa por tales acciones se pasó a una pena más grave. En segundo lugar, elevó también la pena del delito de las modalidades comisivas de fundación de una Organización terrorista y la participación en ella como “miembro”. De seis meses y cinco años de pena privativa de libertad se pasó a la que iba de uno a diez años de prisión, aunque a los líderes, e incluso a los “*hombres de atrás*”, la horquilla de pena de prisión era mayor: de tres a quince años.

⁹³⁷ Redacción actual: (1) Quien antijurídicamente destruya total o parcialmente: 1.un medio técnico ajeno de trabajo de valor significativo, que sirva para el montaje de una planta o de una industria, o de una planta que sirva para la operación o evacuación de desechos de una tal planta, o de una tal industria, que sea de importancia esencial, o 2.un vehículo de la Policía o del Ejército Federal, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.(2) La tentativa es punible.

⁹³⁸ Se denomina “*testigo principal*” o “*de la corona*” al individuo que facilita una determinada información a los órganos de persecución penal, la cual le acarrea una serie de beneficios relacionados con el proceso penal abierto contra él por la comisión de un determinado delito. Vid. Anexo I.

Después del 11-S. Inmediatamente después de los atentados del 11 de septiembre en EE.UU, el Gobierno federal adoptó un paquete de medidas antiterroristas, conocidas como *Otto-Katalog* (al tratarse de las medidas propuestas por el Ministro del Interior *Otto Schily*⁹³⁹), que entrarían en vigor el 1 de enero de 2002. Vendrían a limitar tradicionales garantías, particularmente en lo que se refiere a la protección de la intimidad de los datos personales⁹⁴⁰. Asimismo, *desde el punto de vista exterior*, a través de un Tratado por el que se estipula una cooperación transfronteriza entre *Alemania* y la Confederación helvética en el caso de Ataques con Aviones Comerciales, se prevé el minucioso intercambio de información sobre el espacio aéreo de *Alemania y Suiza*⁹⁴¹. *Suiza* ha ampliado el alcance de destinatario de ese Tratado con sus vecinos principales: *Italia y Francia*.

AUSTRIA. Tras el 11-S introdujo reformas⁹⁴².

BÉLGICA. También las introdujo⁹⁴³.

⁹³⁹ Vid. Anexo I.

⁹⁴⁰ Vid. Anexo I.

⁹⁴¹ Con ocasión de la Eurocopa de fútbol del 2008 hasta ha contemplado el caso de que se produzca un atentado terrorista con aeronaves comerciales, supuesto donde cazas militares alemanes o suizos pueden traspasar inmediatamente sus fronteras aéreas para evitar una tragedia y a pesar de que por el Derecho alemán, como reminiscencia de su papel en la II guerra mundial, no permite el uso de sus armas en frontera (aunque solo sea disparos de advertencia, disuasorios o de fogeo).

⁹⁴² Este país, tras los famosos atentados del 11-S, introdujo en su Código Penal las siguientes reformas: 1. La definición del delito de “*Asociación terrorista*” (**art. 278 b**), castigado con penas de hasta 15 años de reclusión. 2. El delito de “*financiación del terrorismo*” (**art. 278 d**), castigado con penas de hasta cinco años de reclusión. 3. Una previsión para “*delitos de terrorismo*” (**art. 278 c**) que permite aumentar en la mitad las sanciones en lo que se refiere a los delitos ordinarios realizados en apoyo del terrorismo; 4. Y la extensión de la definición de delito de “*banda*” o “*asociación criminal*” (**art. 278**) en adhesión a los acuerdos de la Unión Europea y de la ONU. Además, han sido previstas otras medidas como la incautación de los bienes pertenecientes a organizaciones terroristas, la reducción de penas en el caso de colaboración con la autoridad judicial, extensión de la jurisdicción nacional a los delitos de Asociación terrorista y financiación del terrorismo, extensión del término de lavado de dinero en coherencia con lo dispuesto en la Convención de la ONU sobre la criminalidad organizada, etc.

⁹⁴³ Por **Ley de 4 de abril de 2003** reformó el Código Penal en materia de lucha antiterrorista. Modificó: 1. El **artículo 331 bis** apartado 3º que sancionaba las amenazas de atentados nucleares. Con la citada modificación se pretendía castigar también la amenaza de atentado biológico o químico. 2. Los **artículos 328 y 331 bis**, apartados 1º y 2º, al tipificar como delito la “simulación de atentado” contra las personas y/o los bienes. Finalmente, introdujo el **artículo 328 bis** después de que el Consejo de Estado el 22 de marzo de 2002 emitiera su opinión sobre un anterior anteproyecto de Ley para introducir un nuevo **artículo 327 bis**, que sancionaba a cualquiera que difundiera, de cualquier manera, sustancias que no presentasen en sí ningún peligro, dando la impresión de ser peligrosas, y sabiendo o debiendo saber que éstas pudieran inspirar temor de un atentado contra las personas o las propiedades.

Tras los atentados del 13N Bélgica cambiará la ley para permitir operaciones y redadas las 24 horas del día, que estaban hasta entonces vetadas entre las 21:00 horas de la noche y las 05:00 horas de la madrugada. Otras medidas que pretende son la de un mayor control en fronteras, sobre todo la francesa, el despliegue de 520 soldados para reforzar la seguridad, mejorar sistemas de interceptación y de escuelas, modificar la Constitución en el sentido de que la prisión provisional para terroristas sospechosos lo sea durante 72 horas y no 24, la prisión para yihadistas que vuelvan

LUXEMBURGO. Reformó su Código Penal⁹⁴⁴.

PAÍSES BAJOS. Promulgó una ley⁹⁴⁵.

XVII.II. Países del Norte

NORUEGA. Tras el 11-S aprobó dos leyes⁹⁴⁶.

DINAMARCA Planteó reformas⁹⁴⁷.

a Bélgica, pérdida de nacionalidad, pulseras electrónicas para sospechosos, vigilar mezquitas y cerrarlas en su caso, acabar con las tarjetas telefónicas anónimas de prepago –como en España–, más cámaras de seguridad y reconocimiento, y cierre de páginas web que prediquen el odio, entre otras.

⁹⁴⁴ El 8 de julio de 2003 aprobó la **Ley relativa a la represión del terrorismo y de su financiación**. Esta Ley dispone que un acto terrorista será consumado cuando reúna las tres siguientes condiciones: (a) la comisión de un delito que lleve aparejada una pena de prisión de al menos tres años; (b) que suponga un atentado grave contra un país, organismo u Organización Internacional (condición objetiva); y (c) la comisión de un delito con un fin terrorista (condición subjetiva). La Ley también modifica determinados artículos del Código Penal: El **art. 135-2** del Código Penal aumenta las penas por actos de terrorismo, que podrán ser de prisión perpetua cuando la acción cause la muerte de una o varias personas. Respecto al concepto de grupo terrorista, la Ley recoge las previsiones contenidas en el **art. 2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002** sobre la lucha contra el terrorismo, introduciendo igualmente incriminaciones específicas en función del papel jugado y del grado de implicación de las distintas personas en las actividades del grupo terrorista. Ello se inspira en el **art. 324 ter** del Código Penal relativo a las Organizaciones criminales, adoptado en su momento por unanimidad en la Cámara de Diputados luxemburguesa.

⁹⁴⁵ En este país se aprobaron dos leyes: la **Ley de ratificación de la Convención internacional para la Prevención y Represión de los atentados terroristas, y la Ley de ratificación de la Convención Internacional para la Prevención y Represión de la financiación del terrorismo**, que introdujeron en el ordenamiento interno de este país a partir del 1 de enero de 2002 las disposiciones contenidas en sendas Convenciones. Aun así, las reformas de la legislación para su mayor endurecimiento no se hicieron esperar rápidamente. Concretamente tras el asesinato en noviembre del 2004 del cineasta *Theo Van Cogh*, de forma que desde entonces se previó otorgar más poderes a los cuerpos de seguridad exigiendo menos autorizaciones para operaciones de infiltración, pinchar teléfonos, cachear personas e inspeccionar coches sin permiso previo de la justicia cuando crean que existe un peligro y pudiendo los sospechosos permanecer bajo su custodia por más tiempo. Otras medidas fueron la prohibición de entrada al país de imanes extremistas, el aumento del control de “nidos” islamistas, incluidas las mezquitas, y la desposesión de la nacionalidad holandesa a las personas que gozasen de doble nacionalidad y se considerase que “*dañaren los intereses del Estado*”.

⁹⁴⁶ Destaca que hasta el año 2006, al menos, estuviera en vigor el **Decreto del 5 de octubre de 2001 para la Prevención y Represión de la Financiación del Terrorismo**, consecuencia de la **Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 28 de septiembre de 2001**, y de la **Convención Internacional del 9 de diciembre de 1999 sobre la Lucha contra la financiación de los actos de terrorismo**. Esta norma permitía a la autoridad judicial competente congelar los bienes provenientes de la actividad terrorista.

⁹⁴⁷ Un mes después de los atentados en EE.UU, el Gobierno presentó un Proyecto de revisión de algunas leyes nacionales (en materia de justicia, asuntos interiores, economía y finanzas), titulado “*batería de medidas antiterroristas*” para combatir el fenómeno terrorista. Por ejemplo, **en este país, al igual que en Australia, existe una Ley Sobre la Supresión de la Financiación del Terrorismo** según la cual, si bien en Oceanía este delito conlleva una pena de prisión de veinticinco años, Dinamarca considera como suficiente un máximo de diez. De esta forma se autorizaba al Ministro de Justicia a adoptar nuevas disposiciones para legalizar la retención de datos relativos a las telecomunicaciones y permitir que la Policía pudiera acceder más rápida y fácilmente a esos

XVII.III. De países latinos, con especial referencia a España

FRANCIA. Antes del 11-S, los actos terroristas que desembocaron en la guerra de la independencia de *Argelia* se contemplaron bajo la Ley de 09 de Septiembre de 1986. La *Ley nº 1062 sobre Seguridad cotidiana*, bajo el “Gobierno Jospin” de la “izquierda plural”, fue promulgada el 16 de noviembre del 2001 nada más ocurrir los atentados contra las torres gemelas: modificó su Código Penal (art.421.1)⁹⁴⁸ en el sentido de considerar, en su caso como terroristas, los actos de lavado de dinero y de financiación a una Organización terrorista: 1. Su Capítulo IV regula el control de los vehículos y personas sobre la vía pública. 2. Su Capítulo V se fija en la seguridad informática. En este último sentido sólo un diputado votó en contra de ella. Autoriza a los jueces a recurrir “a los medios del Estado sometidos al secreto de la Defensa Nacional”. Su artículo 29 permite la conservación, durante el máximo de un período de un año, de datos técnicos relativos a una comunicación. Esta Ley tipificaba⁹⁴⁹ como delito en el artículo 421-2-2 del Código Penal francés la financiación de una Organización terrorista. Además, la Ley introducía dos nuevos⁹⁵⁰ artículos en el Código Penal, el artículo 422-6 que permitía que a las personas físicas o morales reconocidas como culpables de actos de terrorismo les pudiera ser impuesta la pena complementaria de confiscación de todo o parte de sus bienes, cualquiera que sea su naturaleza, mueble o inmueble, divisible o indivisible; y el artículo 422-7 que establecía que el producto de las sanciones financieras o patrimoniales pronunciadas contra personas reconocidas como culpables de actos de terrorismo pudiera ser destinado a un fondo de garantía de las víctimas de actos de terrorismo. Las medidas adoptadas por la Ley de 15 de noviembre de 2001 tenían la particularidad de ser aplicables sólo hasta el 31 de diciembre de 2003, estando el Gobierno obligado a presentar un Informe valorativo sobre la aplicación de este texto normativo antes de que finalizara el año 2003. Sin embargo, la Ley nº 2003-239 de 18 de marzo de 2003 para la Seguridad Interior prolongó ciertas disposiciones de la Ley de Seguridad Cotidiana hasta el 31 de diciembre de 2005. Por tanto, la Ley que acabamos de comentar no fue desarrollada por vía reglamentaria de Decreto, aunque no creemos que por falta de voluntad política sino por el estudio de una reforma inmediata prevista. La

datos de carácter personal. El 31 de mayo de 2002 fijó en un año la citada retención. Además, la Ley Antiterrorista permite que los servicios secretos y la Policía consulten libremente todas esas informaciones intervenidas sin necesidad de solicitar ninguna autorización judicial.

⁹⁴⁸ Vid. Anexo I.

⁹⁴⁹ (Introducido por Ley nº 2001-1062 de 15 de noviembre de 2001 art.33 Diario Oficial de 16 de noviembre de 2001). Constituye igualmente un acto de terrorismo el hecho de financiar una actividad terrorista aportando, reuniendo o gestionando fondos, valores o bienes cualesquiera o dando consejos para tal fin, con la intención de ver estos fondos, valores o bienes utilizados, o a sabiendas de que se destinarán a ser utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquier acto de terrorismo previsto en el presente capítulo, independientemente del acaecimiento eventual de un acto de este tipo.

⁹⁵⁰ Derogados después, pero cuyas medidas se replantearían tras el 13N de 2015.

siguiente Ley fue la *Ley de orientación y de programación sobre la seguridad interior* (LOPSI), promulgada el 29 de agosto de 2002 –esto es, con menos de un año de tiempo de vigencia de la anterior-, que refuerza todavía más el control estatal en esta materia: 1. Porque se le permite a la policía judicial proceder “a distancia en línea” a los registros de los servidores informáticos de proveedores de acceso, es decir, el lugar donde se encuentran almacenados los datos de conexión del ciudadano a la red y el envío y recepción de correos electrónicos de todo tipo. 2. Porque esta ley se vio complementada posteriormente con la *Ley para la Seguridad Interior* aprobada por el Parlamento francés el 18 de marzo de 2003, que creó nuevos delitos, previó nuevas sanciones y confirió más poderes a la policía.

Pero no fue sino hasta una vez producidos los atentados de *Londres* (7 y 21-J) cuando la Asamblea Nacional Francesa aprobó en Diciembre del 2005 una *Ley Antiterrorista* expresa como tal, según la cual: 1. Se aumentó el control de las comunicaciones por teléfono e Internet⁹⁵¹. 2. Se amplió el poder policial para actuar sin necesidad de orden o mandato judicial, toda vez que los agentes podían tener automáticamente acceso a los datos personales de pasajeros de compañías de viajes y transporte (aéreas, marítimas, ferroviarias, de archivos administrativos, etc.)⁹⁵². Esta Ley fue respaldada en su legalidad por el Consejo de Estado Francés e incluso el Consejo Constitucional decidió el día 19 de enero de 2006 declarar la validez de su **art.6**, es decir, el precepto sobre el deber de conservación de datos por los proveedores hasta un año.

Por su parte, tras **los atentados de París o de la Sala Bataclán** (el 13-N 2015)⁹⁵³ se tuvo que prolongar un trimestre el estado de excepción consagrando seiscientos millones de euros a su nueva política policial. *Hollande* anunció que intensificaría sus bombardeos en *Siria* e *Irak* contra el “Estado islámico” y que presentaría una Resolución (2249) ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en la que se instaría a “*tomar todas las medidas necesarias*” para combatir a los yihadistas. Mientras rigiese el estado de excepción, por segunda vez prorrogado tras los hechos del verano de 2016 en Niza, los sospechosos de

⁹⁵¹ El alcance de retención y conservación de datos por las empresas proveedores se mantenía a un año pero el número de datos afectados se ampliaba: número de teléfonos marcados, el de sus destinatarios, su duración, la fecha y hora concreta y el remitente.

⁹⁵² De hecho, posteriormente se ha creado ministerialmente (02 de mayo de 2007) una plataforma técnica de interceptación de datos por virtud del cual el servicio de seguridad puede saber quién se ha comunicado con quién, en qué momento y lugar, y el número de veces, si bien no puede acceder al contenido del mensaje a no ser que la policía obtenga la autorización de una Comisión Nacional creada *ex professo* para ello en cuanto que pertenece a la Unidad de coordinación para la lucha antiterrorista.

⁹⁵³ **No se pierda de vista la globalidad del terror de la yihad** si se tiene en cuenta, por ejemplo, que el 20 de Noviembre de ese mismo año Malí (África) también sufrió en el *Hotel Radisson Blu* de Bamako un atentado islamista con rehenes (al menos 19) y dos terroristas muertos.

yihadismo podrían quedar incomunicados, asignados a su domicilio o confinados a una zona, para lo que se reducirían al mínimo los procedimientos jurídicos y administrativos encaminados a tomar tal decisión. El confinamiento podría estar acompañado del uso de brazaletes electrónicos. Como segunda medida de urgencia, cabría que el Gobierno cerrase los lugares de culto religioso que, a su juicio, presentaran vínculos con círculos radicales, informando a la Asamblea General de operaciones sensibles, por ejemplo, en mezquitas. En tercer lugar, reduciría al mínimo los procedimientos jurídicos y administrativos para practicar registros (téngase en cuenta que en Bélgica, por ejemplo, su legislación impedía practicarlos de noche, lo que a juicio de algunos favoreció la huida de *Salah Abdeslam*, residente del barrio bruselense de *Molenbeek* y uno de los autores vivos del atentado) y, por último, como medida de urgencia, el Gobierno podría cerrar o interrumpir el funcionamiento de sitios de internet que pudieran ser acusados de apología del terrorismo. Quizá en un futuro próximo se reforme su Constitución para dar cabida a más amplios recursos policiales.

ITALIA. Ya en 1979 incorporó en su Código Penal una definición⁹⁵⁴ de terrorismo (art.270 bis), pero tras el 11-S la preocupación fundamental de su legislador fue: Por un lado, la Seguridad Financiera contra el terrorismo internacional; por lo que se creó un Comité (*Comitato*) al efecto por Ley de 14 de diciembre de 2001 (nº 431) “*de medidas urgentes para reprimirla y contrarrestarla*”. Y en segundo lugar, por otra Ley de un solo día posterior, ampliar la definición anterior de terrorismo para dar acogida también dentro de la punición del mismo fenómeno delictivo (1) la Asociación con finalidad de terrorismo internacional (art.270 bis) y (2) la asistencia a sus asociados (art.270 ter). Modificó el art.226 de su Código de Procedimiento Penal porque, al haberse otorgado por la ley anterior una ampliación de competencias a los servicios secretos (civiles y militares) para poder obtener pruebas (mediante el mecanismo de la figura del “*delito provocado*” en asuntos de tráfico de drogas y de armas, de falsificación de documentos, etc.), en materia de interceptación y controles preventivos en las comunicaciones sí se hizo necesaria la autorización judicial para poder realizar “pinchazos” telefónicos o para acceder a los mensajes de Internet, aunque desde un enfoque preventivo de la comisión delictiva y de la mafia, toda vez que cabe la posibilidad de su petición aunque no haya ningún procedimiento penal. Como garantía de su buen hacer se estipula un plazo máximo de duración de la interceptación de las comunicaciones, que es el de cuarenta días (prorrogable si hay necesidad justificada por otros veinte, en su caso).

⁹⁵⁴ **Associazioni con finalita' di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico.** Chiunque promuove, costituisce, organizza e dirige associazioni che si propongono il compito di atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico e' punito con la reclusione da sette a quindici anni. Chiunque partecipa a tale associazioni e' punito con la reclusione da quattro a otto anni. Articolo aggiunto dal D.L 15 de diciembre de 1979, nº 625.

PORTUGAL. Los artículos 300 y siguientes⁹⁵⁵ del Código Penal portugués se completan con las siguientes disposiciones reglamentarias: -El Decreto nº 193/VIII de 20 de diciembre del 2001, de perfeccionamiento de las disposiciones legales destinadas a prevenir y penar el blanqueamiento de capitales provenientes de actividades criminales, -y el Decreto nº 175/VIII de 31 de octubre de 2001, que establece medidas para combatir la criminalidad organizada y económico-financiera⁹⁵⁶.

ESPAÑA. A nivel interno español, como problema que en un principio se considera sólo de Orden Público, este tipo de situaciones se encuentran en todo caso previstas por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio. Veamos su evolución legislativa: después de hablar del *bandolerismo*, de la *guerra de guerrillas*, y para algunos⁹⁵⁷, de las *guerras carlistas* como posibles antecedentes episódicos del terrorismo en la Historia de España, *el anarquismo*, origen del terrorismo moderno en nuestra Patria, se introdujo a través del movimiento laboral español en 1868 con la llegada de *Fanelli*, apóstol del movimiento revolucionario creado por *Bakunin*, y la aparición de un pequeño grupo terrorista en Andalucía a principios de la década de 1880 conocido como "*la Mano Negra*", y que posteriormente en la década de los noventa extendió sus actividades a Cataluña mediante la participación en "atentados sociales" de los "pistoleros". La Ley de 10 de julio de 1884 ("*sobre atentados contra las personas o daño en las cosas cometido por medio de aparatos o sustancias explosivas*") fue la primera ley antiterrorista española que complementó el Código Penal de 1870. Esta ley aumentaba las penas para los delitos en caso de que se hubieran cometido utilizando explosivos y su art.7 introducía el de "apología" al terrorismo. Los sucesos de Cuba hicieron que por R.D de 17 de octubre de un año más tarde la Jurisdicción de esta ley española se exportará a la isla para sofocar los movimientos independentistas. **La Ley de 02 de septiembre de 1896 establecía en su art.2 como única jurisdicción competente la militar. Esta segunda Ley aumentó todavía más las penas para los delitos perpetrados de la forma**

⁹⁵⁵ Vid. Anexo I. Art.300.**Organizaciones terroristas.**

⁹⁵⁶ Esta última disposición establece un régimen especial de recogida de prueba, de quiebra del secreto profesional y pérdida de bienes a favor del Estado en los supuestos de terrorismo. De esta manera, el secreto profesional de los miembros de los órganos sociales de instituciones de crédito o sociedades financieras, de sus empleados, de las personas que les prestan servicios, así como el secreto de los funcionarios de la Administración fiscal ceden cuando se tengan razones para creer que las respectivas informaciones sean de interés para el descubrimiento de la verdad. La autoridad judicial o por delegación de ésta, el órgano de la Policía criminal que tenga competencia para la investigación, podrá solicitar a las Instituciones de Crédito o Sociedades financiera información que sea relevante, teniendo éstas la obligación de contestar en el plazo de cinco días para los supuestos en que la información estuviera recogida en soporte informático, y de treinta días en el caso de que no fuera así.

⁹⁵⁷ Así **MUÑOZ ALONSO, A.** (1982) *El Terrorismo en España*. Barcelona: Editorial Plantea. P.11. **DÍAZ CARMONA, A.** (1969). *Bandolerismo Contemporáneo*. Madrid: Compañía Bibliografica Española. **CARO BAROJA, J.** (1989). *Terror y Terrorismo*. Barcelona. Plaza y Janes. Cambio 16. Pp. 117 y ss.

dicha y la solución de establecer como única jurisdicción competente para su conocimiento la de los Tribunales Militares - en tiempo de paz - *ha sido en realidad un denominador común y constante en casi toda la Legislación antiterrorista española*. En esta época tuvo lugar la pérdida de *Cuba* y otras colonias, la *Semana Trágica de Barcelona* y el atentado contra Alfonso XIII. La jurisdicción castrense sería la competente para conocer de esta clase de delitos también por la ley de Jurisdicción de 1906 y por el Código Penal de 1928 de la Dictadura de *Primo de Rivera*. Con la Dictadura de *Primo de Rivera*, según **PARADA VÁZQUEZ**⁹⁵⁸, el proceso de acrecentamiento del Derecho Penal Administrativo se aceleró. Con la II República todo el sistema legal de la Dictadura de *Primo de Rivera* se abolió, incluso el Código Penal en su totalidad; y el art.1 de la Ley de 11 de Octubre de 1934 definió los actos terroristas como “*aquellos cometidos con el fin de alterar el orden público, de aterrorizar a la población o de cometer una venganza social*”. Por primera vez se introdujo un elemento subjetivo e intencional en su cualificación como, además, lo demuestra el que la Ley posterior de 20 de junio de 1935 adicionara también la expresión *venganza “política”* a la *venganza “social”* de la definición anterior. Tras el paréntesis de la II República, y desde 1939, hubo varios intentos de desbancar el régimen franquista. Durante la Segunda Guerra Mundial, y tras la retirada de las tropas alemanas del Sur de *Francia*, *el maquis* cruzó los Pirineos iniciando la táctica de guerra de guerrillas (1944-1948). No obstante, el maquis apenas consiguió apoyo popular y finalmente fue silenciado por la acción de la Guardia Civil, de forma que hubo diecinueve años de “tranquilidad” hasta que, con arreglo a lo dispuesto en el art.35 del Fuero de Los Españoles, se llegaron a declarar⁹⁵⁹ varios Estados de Excepción en los sesenta con motivo de los atentados de ETA y de la protesta de un sector estudiantil. Medidas como la deportación, exilio y confinamiento se aplicaron, por

⁹⁵⁸ **PARADA VAZQUEZ, J.R:** (1982). *Evolución y Constitucionalización de las Infracciones Administrativas*. Poder Judicial (PJ), nº 4, p. 20. Desde entonces se introdujo la privación de libertad administrativa bajo el sistema de responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia en el pago de multa y previa exclusión de bienes, teniendo como único límite previsto en el Código Penal de 1928 que su cumplimiento no podía ser superior a un mes, y ello sin perjuicio además de poder recurrir a otras modalidades de privación tales como las del extrañamiento, destierro y confinamiento previsto en los **arts 86 a 88 del C.P** respectivamente. Entre las medidas adoptadas destacan la abolición del jurado, la promulgación de disposiciones legales contra el separatismo, y la incorporación de la Ley de 1894 al nuevo Código Penal de 1928 manteniendo la Jurisdicción Militar en el conocimiento de actos terroristas.

⁹⁵⁹ Tales declaraciones tenían su precedente “post-bélico” en el marco configurado por la **Ley de responsabilidades políticas de 09 de Febrero de 1939**, la **Ley de Orden Público de 30 de Julio de 1939**, el **Código penal Común**, el **militar**, la **Ley de represión de la masonería y comunismo de 01 de Febrero de 1940**, el **Decreto sobre Bandidaje y Terrorismo de 21 de Octubre de 1960**, la **Ley de 1971 de Reforma de un Capítulo del Código de Justicia Militar** y, finalmente, el **Decreto-Ley de 26 de Agosto de 1975** tras el atentado del Almirante Carrero Blanco. Téngase presente, así como ya ocurrió con Primo de Rivera, que después de la reforma de **la Ley de Orden Público** se aumentó el plazo de uno hasta tres meses como límite máximo de cumplimiento de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa; y, sin contar con las restricciones de derechos que se podían encontrar en la **Ley de Contrabando de 1964 o el Código de Circulación**, se podía limitar o suspender derechos mediante la declaración del Estado de Emergencia en todo o parte del territorio nacional.

ejemplo, en el llamado “*contubernio de Múnich*”, siendo el paradero elegido de algunos para cumplir su sanción la isla de Fuerteventura. Además, tal y como señala **VERCHER**⁹⁶⁰ poniendo como ejemplo la crítica de **Tomás y Valiente** sobre las STS de 15 de marzo de 1965 y 23 de marzo de 1965 relativas a torturas por la Policía, con la tradicional (desde 1906) exclusión del control judicial de los actos “políticos” por el art.2.2 de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, y mediante una interpretación amplia de tal tipo de actos, la Administración consiguió situar muchas acciones emprendidas fuera de ese control hasta el punto de que muchas de sus sanciones gozasen de una auténtica inmunidad. Aunque ya por entonces parte de la doctrina administrativista⁹⁶¹ consideraba esta situación como inconstitucional por atentar a los art.18 y 19 del Fuero de los españoles, prácticamente hasta ya entrada en vigor inclusive la actual Constitución, concretamente hasta la STC de 10 de octubre de 1983 y en virtud del art.106 de Aquélla, los Tribunales no han conocido del enjuiciamiento de control y revisión de los actos políticos.

Por otro lado, la posibilidad actual de imponer sanciones administrativas privativas de libertad por la Administración civil ha quedado expresamente anulada de raíz con el art.25.3 de la vigente Constitución. Como movimiento violento ETA⁹⁶² nace del desencanto de las juventudes del PNV al considerar que este partido no luchaba lo suficiente por las “libertades” en *Euskadi* y su estrategia, según la mayoría de observadores, era “*ulsterizar*” el País Vasco, es decir, provocar una intervención militar para pacificar el área buscando de ese modo, a su favor, el apoyo vasco-popular. La Ley actual 4/1981, ya en democracia, culminó un sistema⁹⁶³ post-constitucional de emergencia. Después de ese sistema se citan ya la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de Diciembre, reformadora de los criterios básicos de la Defensa Nacional de 1980, novedosa por reintroducir el término “*terrorismo*” y las Leyes de Mayo 3/1988 de reforma del CP y 4/1988 de la LECRIM, junto a la importante STC de 12 de junio de 1988 (“*quien instruye no puede fallar*”),

⁹⁶⁰ **VERCHER NOGUERA, A.** (1991). “*Antiterrorismo en el Ulster y...*” p. 293.

⁹⁶¹ **GONZÁLEZ PÉREZ, J.** (1964) “*Comentarios A la Ley de Orden Publico*”. Madrid: Publicaciones Abella, p. 269. **MARTÍN RETORTILLO, L.** (1976): “*Las Sanciones de Orden Publico en el Derecho Penal español*”. vol. I, Madrid, 1973, Editorial Tecnos, 1.a ed, pp. 206 y ss.

⁹⁶² Vid. Anexo I.

⁹⁶³ Este sistema se inició con la primera Ley del consenso, que era la de amnistía para delitos políticos, **la primera ley antiterrorista democrática de España de 4 de Diciembre de 1978** y que fue adaptada al “*Acuerdo Europeo para la represión del Terrorismo*” y no tipificó ningún delito como político, sino que todos eran ya de naturaleza común. A la anterior le siguió **la segunda Ley antiterrorista democrática nº 82/1978, de 28 de Diciembre**, donde no habla de terrorismo sino de “*actos criminales cometidos por bandas armadas o grupos armados*”, después ampliada con el delito de apología de terrorismo (por **Decreto-Ley 3/1979**), y su reforma posterior para dotarse con rango ya de **Ley Orgánica nº 4/1980, de 21 de Mayo, y la 11/1980, de 1 de Diciembre**, textos en cuya virtud se introdujeron nuevos tipos y la figura italiana del arrepentimiento (*pentiti*). Tras el 23-F también forma parte de ese sistema la **Ley Orgánica de 4 de Mayo de 1981, “para la defensa de la democracia”**, que reformó el delito de rebelión, incluyendo la incitación y su apología tanto en el Código Penal Común como en el Militar.

todas premonitorias de las consiguientes reformas de la LECRIM y LOPJ, por cuanto que, si bien no se dejó de equiparar el terrorismo a la rebelión, el sistema criminológico de esta materia no se hace especial sino ya permanente, incorporado al propio Código Penal Común y, por tanto, no provisional o transitorio. Todo este sistema legislativo nacional lo completaríamos actualmente ya con la Ley Orgánica actual 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, y por ende: la penal – Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre-, la básica de propiedades públicas⁹⁶⁴ y privada (Legislación mercantil⁹⁶⁵ de Sociedades), así como las reformas emprendidas tras los atentados de París y que en su momento ya fueron expuestas al hablar del Código Penal español.

Medidas Legales Españolas 1. El Internamiento en España⁹⁶⁶ 2. El arresto y la detención en *España*⁹⁶⁷. La delación⁹⁶⁸, los informadores y los agentes provocadores⁹⁶⁹.

En cuanto a la reforma operada de nuestro Código Penal, con entrada en vigor el 31 de diciembre de 2010, es de significar en esta materia y conexas, de acuerdo con el preámbulo de la Ley Orgánica 05/2010, lo siguiente: *Que el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales*⁹⁷⁰. *Adicionalmente hay que apuntar que*

⁹⁶⁴ Vid. Anexo I.

⁹⁶⁵ Vid. Anexo I.

⁹⁶⁶ Vid. Anexo I.

⁹⁶⁷ Vid. Anexo I.

⁹⁶⁸ Vid. Anexo I.

⁹⁶⁹ En cuanto a los *informadores y agentes provocadores* **VERCHER NOGUERA, A.** (1991). *“Antiterrorismo en el Ulster y...”* (Ob. cit. , p. 380.) señala que doctrinalmente han sido muy poco estudiados en España, significándose al respecto, por un lado, que *respecto a los agentes provocadores* para **Ruiz Antón** y jurisprudencia más que consolidada no es una figura éticamente admisible para delitos de terrorismo sino para delitos de tráfico de droga; *respecto a los informadores* significar que el **art.5.5 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 13 de marzo de 1986** estipula que aquéllas y estos no estarán obligadas a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les impongan actuar de otra manera, y que la importante **STS de 22 de marzo de 1986**, que absolvió al Director de la Comisaría General de Información en Madrid de los cargos de denegación de auxilio a la autoridad judicial francesa por no revelar la identidad de unos mercenarios que se habían refugiado en la Aduana después de un atentado en *Hendaya*, tiene a juicio de **MAQUEDA ABREU, M.L.** (1986, *“El Caso Ballesteros”*. En Poder Judicial, Segunda Época. No.2. P.95, quien defiende la aplicación en este caso del principio de Justicia Universal del art.23,4 de la LOPJ) como implicación negativa en la Justicia el rechazo del principio de justicia universal que debería haber sido aplicado a los delitos de terrorismo cometidos en *Francia*; por otro lado, en el **caso GAL** el Ministerio del Interior siempre ha mantenido el carácter de “secreto de Estado” los llamados “Fondos Reservados”, por lo que su revelación a la Audiencia Nacional sería constitutiva de un delito de revelación de secretos, argumento que fue admitido por la Audiencia en **Auto de 24 de abril de 1989**.

⁹⁷⁰ *En primer lugar (...)* El texto constitucional declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; de donde desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la

la inclusión de las organizaciones terroristas en el artículo 515 del Código Penal había generado problemas en el campo de la cooperación internacional por los problemas que para el cumplimiento del requisito de doble incriminación suponía la calificación de la organización terrorista como asociación ilícita⁹⁷¹. Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes⁹⁷². Según se ha

ubicación sistemática de la norma penal. **Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente asociaciones que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.**

⁹⁷¹ **A sabiendas, precisamente, de la polémica doctrinal surgida en torno a la ubicación sistemática de estos tipos penales, se ha optado finalmente, en el propósito de alterar lo menos posible la estructura del vigente Código Penal, por situarlos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público.** Lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la Ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado. La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público.

⁹⁷² **La estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas.** Así, en el caso de las organizaciones criminales, el nuevo artículo 570 bis tipifica primero las conductas básicas de constitución, dirección y coordinación, distinguiendo según se trate de cometer delitos graves u otras infracciones criminales (incluida la reiteración de faltas), y en un segundo nivel punitivo sitúa las actividades de participación o cooperación, a las que se anuda una respuesta penal inferior, agregando en fin agravaciones específicas en función de las características de la organización y el tipo de delitos que tiene por objeto. Los grupos criminales se contemplan en el artículo 570 ter, equiparándose las conductas de constitución de los mismos con la financiación de su actividad o la integración en ellos, pero siempre distinguiendo la respuesta punitiva a partir de la gravedad de las infracciones criminales que tratan de cometer, en términos

adelantado, otra de las importantes novedades que introduce la presente Ley es una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, al tiempo que se incorporan algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI.

Por su parte, en cuanto a las normas de desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como la ratificación por España de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario, entre los que destacan la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, han puesto de relieve la necesidad de adecuar los delitos contra la comunidad internacional. Es de destacar la especial protección penal dispensada a mujeres y niños en conflictos armados castigándose expresamente a quienes atenten contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual y, a aquellos que recluten o alistén a menores de 18 años o los utilicen para participar directamente en dichos conflictos. Por último, se procede a la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los delitos contra la comunidad internacional⁹⁷³.

En cuanto a la evolución del sistema jurisdiccional, teniendo en cuenta que el anarquismo y el terrorismo han sido rasgos permanentes de la Historia de nuestro país, los Tribunales especiales han sido una característica constante de nuestra organización judicial; así: los Tribunales militares⁹⁷⁴, el Tribunal de Orden Público y, quizá, la Audiencia Nacional actual.

análogos a los que rigen para las organizaciones, y con similares agravaciones en razón de las características del grupo.

⁹⁷³ La razón de ser de esta reforma radica en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.

⁹⁷⁴ En España el terrorismo y otros delitos de naturaleza política han sido enjuiciados durante los siglos XIX y XX en España por Tribunales militares más a menudo que por cualquier otro tipo de Tribunal. Vid. Anexo I.

XVIII. LA REGULACIÓN NORMATIVA INTERAMERICANA CONTRA EL TERRORISMO: EL TRATADO DE BARBADOS Y LA NORMATIVA EUROPEA (LA CONVENCIÓN EUROPEA SOBRE LA SUPRESIÓN DEL TERRORISMO)

La Organización de los Estados Americanos (OEA)⁹⁷⁵ tras el 11-S convocó al Comité Interamericano Contra el terrorismo (CICTE) para identificar urgentes medidas de cooperación que podrían adoptar los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo, y la elaboración de un Tratado, que sería el de Barbados, y que pasamos a comparar con su homólogo el del continente europeo⁹⁷⁶.

XIX. LA NORMATIVA ANTITERRORISTA DE LA UNIÓN EUROPEA COMO ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

XIX.I. El hito histórico del 11-S y sus consecuencias en la UE

Como dice CALDUCH CERVERA, R.⁹⁷⁷, la nueva situación creada tras los atentados del 11 de septiembre del 2001 en EE.UU activó gran parte del potencial jurídico de la UE en la lucha contra el terrorismo. Afectó no sólo a la *política exterior y seguridad común* y a la *cooperación policial y judicial penal* sino también al

⁹⁷⁵ Destacamos que antes del 11-S, a principios de los noventa, se retoma el interés a nivel hemisférico por examinar el tema del terrorismo. El avance más notable fue la inclusión de esta temática en la I Cumbre de las Américas, realizada en diciembre de 1994 en Miami. En ella los Gobiernos decidieron encomendar a la Organización de Estados Americanos (OEA) la convocatoria a una Conferencia especial sobre la prevención del terrorismo a fin de canalizar los acuerdos adoptados. En abril de 1995, en cumplimiento de sus mandatos, la OEA acuerda establecer un Grupo de Trabajo sobre terrorismo en el marco del Consejo Permanente de la Organización, dentro del ámbito de los trabajos de la Comisión de Asuntos jurídicos y políticos, con el fin de reactivar esta temática, particularmente los aspectos de cooperación interamericana y organizar una Conferencia. Como resultado de estos trabajos, la Asamblea General, en junio de 1995, aprobó la "**Declaración de Montrouix: Una nueva visión de la OEA**"; y la primera Conferencia especializada sobre terrorismo tuvo lugar en Lima, Perú, en Abril de 1996, habiéndose aprobado la "**Declaración de Lima para Prevenir, Combatir y Eliminar el Terrorismo**". Por su parte, en esta conferencia el Comité Jurídico Interamericano presentó un documento que constituiría una de las bases para las discusiones preparatorias de la nueva Convención Interamericana del 2001.

⁹⁷⁶ Vid. Anexo I.

⁹⁷⁷ CALDUCH CERVERA, R. (2001). "La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional", REDI, Vol. LIII, 1 y 2. Pp. 195-198. Al comentarlos manifiesta que, "(...), no se puede ignorar que en la política antiterrorista internacional hay que establecer un antes y un después de los atentados del 11 de septiembre (...) La principal singularidad de estos atentados fue la conjunción de cuatro características (...) En efecto, fueron unos atentados sencillos en su ejecución y, por tanto, muy complejos en su planificación y preparación; produjeron un elevado número de víctimas mortales; fueron los primeros atentados televisados de forma directa y a escala mundial y, finalmente, provocaron un extraordinario impacto aterrador tanto en la población norteamericana como en el resto del mundo."

ámbito militar⁹⁷⁸ producto de unas nuevas⁹⁷⁹ misiones cuya toma de decisión se rige por unos principios tales como el de la inter-gubernamentalidad de la materia, el de la especialidad de las misiones a desempeñar, incluso fuera de área (las misiones *Petersbeg*), el de la complementariedad⁹⁸⁰ y el de la subsidiariedad, por un lado, respecto a la *Defensa Nacional* (en *España*, por ejemplo, el art.8.1 de nuestra Constitución) y a la *defensa colectiva* a cargo de la NATO (Tratado de *Washington* 4 de abril de 1949).

XIX.II. Normativa de lucha antiterrorista anterior al 11-S

XIX.II.1. La Resolución de 30 de enero de 1997 del Parlamento europeo 1997/1181

Lceur 1997/1181, Doc. de 24 de febrero de 1997, núm.55. Es importante porque, entre otros⁹⁸¹ aspectos, distinguió⁹⁸² entre terrorismo y actos de resistencia afirmando que **los actos terroristas no se pueden justificar**, ni siquiera en principio, con ninguna ideología u otros motivos y, por tanto, que todas las medidas contra el terrorismo no deben basarse en legislaciones y procedimientos excepcionales en tanto en cuanto con dichas *contraestrategias extraordinarias* se corre el riesgo de atribuir una gran importancia y, en

⁹⁷⁸ Tras los catalizadores acontecimientos del 11-S (2001) en *Norteamérica*, y del 11-M (2004) en nuestro país, el viejo reto de culminar el proceso de integración de *Europa* hasta llegar a cualquier materia, también la penal y *la castrense* (los dos núcleos duros de soberanía de los Estados), por difícil que esto sea, se ha visto acelerado. Esto nos lleva a indagar el *cuadro sinóptico legal mínimo de la Unión Europea en materia de Fuerzas Armadas al tener que responder* -en su mayor compromiso histórico - a unas **nuevas misiones** que son producto del nuevo orden geoestratégico desde el fin de la guerra fría en el año 1989 con la caída del muro de Berlín.

⁹⁷⁹ Vid. Título V del Tratado de la UE (*Maastricht*). Arts.11.1. y 13, significando que el segundo párrafo del art.17.1. da importancia a **las misiones humanitarias y de rescate, de mantenimiento de la paz y aquellas en que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las de restablecimiento de la paz**, ello teniendo además presente la puerta que se deja abierta a la cooperación bilateral estatal reforzada, en el marco de la (extinta) Unión Europea occidental (UEO) y de la OTAN, esto es, "... *siempre que* esta cooperación no contravenga ni obstaculice la que se contempla en el presente título" (último inciso del art.17.4 del TUE).

⁹⁸⁰ Vid. Anexo I.

⁹⁸¹ Por otro lado, **(2)** previene del peligro del "**terrorismo informático**" en sus manifestaciones de "*hacking*" (acceso no autorizado a un mensaje), introducción de virus y "*caballos de Troya*" y considera **(3)** que **debe de ampliarse el ámbito de actuación de Europol** (Resolución del Parlamento europeo de 14 de marzo de 1996. DO C 96 de 1 de abril de 1996) a los delitos que se cometen o puedan cometerse en el marco de acciones terroristas contra la vida, la integridad física y la libertad personal, así como contra bienes.

⁹⁸² Si bien considera como terrorismo con carácter general a "*un acto criminal que pretende modificar, mediante el uso de la violencia o la amenaza de violencia, las estructuras económicas y sociales de los Estados de Derecho*", respecto a los actos de resistencia matiza que "*son los que tienen lugar en terceros Estados y que van dirigidos contra estructuras estatales que tienen, a su vez, carácter terrorista*". Esta Resolución tampoco desconoce que haya casos equívocos entre ambos conceptos toda vez que en el **punto 2 de sus aspectos generales** no reconoce como actos de resistencia, sino de terrorismo (recogido en el apartado C), "*todo recurso, por personas individuales o grupos, a la violencia o amenazas violentas como medio para lograr, dentro de la UE, objetivos separatistas, ideológicos, fanático-religiosos o irracionales-irrealizables*", dado que constituyen una grave injerencia, totalmente injustificada, en las libertades fundamentales de sus ciudadanos.

consecuencia, de dar un valor desproporcionado a los actos terroristas –que es uno de los objetivos que pretenden los terroristas-.

XIX.II.2. Consideraciones, significaciones y medidas preventivas

Se caracteriza también por relativizar la eficacia de las fronteras en la lucha contra el terrorismo⁹⁸³.

XIX.II.3. Información y persecución penal. Cooperación policial y judicial

Hace propuestas con el fin de evitar la impunidad⁹⁸⁴.

XIX.III. Normativa de lucha antiterrorista tras el 11-S

En este otro período la normativa europea es más numerosa. Debe de partirse de la base de que (sólo tres meses más tarde de los traumáticos atentados) el Consejo europeo -adelantándose al propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el momento en que por Resolución 1373 (2001) estableció medidas de amplio alcance contra el terrorismo, sobre todo de carácter financiero- declaró en una reunión extraordinaria de 21 de diciembre de 2001 que el terrorismo constituye un verdadero reto para el mundo y para Europa.

Para la UE la lucha contra el terror sería un objetivo prioritario expuesto en dos posiciones comunes contemporáneas:

XIX.III.1. La Posición Común del Consejo 2001

(/930/PESC, de 27 de diciembre, del Consejo (Lceur 2001/4536), DOL 28 de diciembre del 2001, núm.344). Objetivo prioritario (la lucha contra el terrorismo). Considera necesario para ello, según su art.10, *“impedir la circulación de terroristas o de grupos de terroristas mediante controles eficaces en las fronteras y controles de la expedición de documentos de identidad y de viaje, y mediante la adopción de medidas para evitar la falsificación, la alteración ilegal y la utilización fraudulenta de documentos de identidad y de viaje”, así como que, según el art.14,*

⁹⁸³ Se caracteriza también por relativizar la eficacia de las fronteras en la lucha contra el terrorismo ya que los atentados son planificados y ejecutados por **grupos organizados a nivel internacional**, que son tolerados, expresa o tácitamente, y, a veces, incluso financiados o apoyados de otra forma por algunos Estados. Por ello impone sanciones y adopta medidas disuasorias contra esos Estados pidiéndoles la promoción del *“diálogo democrático”*, pide a los medios de comunicación su autocontrol por códigos deontológicos y previene de los controles aeroportuarios y de seguridad aérea.

⁹⁸⁴ Propone que los Estados miembros tipifiquen los actos terroristas como delitos graves y que pueden dar lugar a una extradición, que en sus legislaciones conceptúen la apología del terrorismo como acto delictivo, facilitar el intercambio de informaciones, o la estampación (**punto 16**) de la obligación de todos los Estados miembros de dar a los acuerdos europeos e internacionales contra el terrorismo la fuerza de textos jurídicos vinculantes y ya debidamente armonizados en materia de delincuencia grave transfronteriza, con la consecuencia práctica que ello conllevaría de la eficaz eliminación de los requisitos de doble incriminación y excepcionalidad como condición para la asistencia judicial y la extradición.

“los Estados miembros se adherirán tan pronto como sea posible a los convenios y protocolos internacionales pertinentes en materia de terrorismo que se enumeran en el Anexo I”⁹⁸⁵.

En cuanto a las medidas específicas de esa lucha, si se hace síntesis de la otra posición común complementaria ya aludida, en concreto el art.5 de **la Posición Común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre del 2001**, (DO L344 de 28 de diciembre del 2001, p.93), establece como fundamentales la asistencia penal en materia policial y judicial, cooperación que respetará la confidencialidad de las investigaciones (según las legislaciones nacionales) y sin perjuicio de contemplar en lista de Anexos las personas y grupos terroristas de personas periódicamente actualizadas, de forma que según su punto 8 *ningún elemento de la Decisión que aquí se comenta habrá de interpretarse en el sentido de que permita violar la protección jurídica ofrecida en virtud del Derecho nacional a las personas, los grupos y las entidades enumerados en el Anexo mencionado. La Resolución paritaria ACP-UE (LCEur 2002/939, DOC 2 de abril del 2002, núm 78) de 2 de Abril 2002 (Justicia represiva)*, posteriormente, considera que estos ataques constituyen un “*crimen contra la humanidad*” y contra los valores de una sociedad abierta, democrática y multicultural, y que representan una amenaza para la Paz, la Estabilidad y la Seguridad internacionales⁹⁸⁶.

XIX.III.2. La Resolución del PE de 24 de octubre de 2002

(Lceur 2003/4191. DOC de 11 de diciembre de 2003, núm. 300-E). Aprender la lección y Plan Acción: Nueva Estrategia de Seguridad Colectiva, protección a las víctimas. Es después cuando ya habla de “aprender la lección” y de establecer “un Plan de acción” que tenga como líneas maestras previas de actuación a tomar *su internacionalidad y su carácter de fenómeno mixto, esto es, que el terrorismo suele estar relacionado con conflictos armados prolongados*, reconociendo que muy a menudo los mecanismos internacionales para *la prevención civil* de conflictos y su gestión “*han fallado*”, expresando su voluntad de aprender la lección (que la política europea no debe circunscribirse a una definición restringida de la defensa sin debilitar el Estado de Derecho, y, *sobre todo, deben respetar*⁹⁸⁷ *plenamente los Convenios de Ginebra*) evaluando

⁹⁸⁵ Vid. Anexo I.

⁹⁸⁶ Esa lucha requiere, según su letra D, **(2)** un enfoque de justicia represiva que tampoco olvide las políticas de prevención de la delincuencia a escala internacional ni **(3)** la determinación de la Comunidad Internacional de combatir el terrorismo dentro de los límites de las leyes y principios internacionales en materia de **Derechos Humanos**

⁹⁸⁷ En clara *referencia al último conflicto de Iraq*, dice su **punto 10** que no cree que una estrategia de **ataques preventivos** sea la manera más eficaz de combatir el terrorismo; opina más bien que esta estrategia distrae la atención y los esfuerzos alejándolos de dicha prioridad. Afirma que **la OTAN** sigue siendo una garantía fundamental para la estabilidad euro-atlántica y le reconoce los esfuerzos de reforma de la OTAN para responder a los nuevos retos mundiales, entre ellos la lucha contra el terrorismo. Subraya que **el concepto de seguridad colectiva** se basa

positivamente *la estrategia global* antiterrorista que el Consejo europeo definió de manera rápida y eficaz el 21 de septiembre de 2001 mediante la adopción del *Plan de Acción europeo de lucha contra el terrorismo*⁹⁸⁸ y cuyas necesidades quedaron recogidas sin perjuicio de reiterar en su punto 6 los principios⁹⁸⁹ del sistema de seguridad colectiva expresados en la Carta. Duda (punto 36) que la coordinación eficaz de la política europea para combatir el terrorismo requiera modificaciones importantes en los tratados⁹⁹⁰ (se quiere potenciar el embargo preventivo de bienes y detener la financiación de terroristas) y (punto 38) una mayor flexibilidad constitucional, así como que se introduzca la norma de cooperación reforzada también en el ámbito de la seguridad y la política de defensa, *en particular por lo que se refiere a las operaciones militares para combatir el terrorismo que vayan más allá de las tareas de Petersberg*. Por último, es de especial mención la debida protección a las víctimas⁹⁹¹, en nuestra opinión, como un nuevo principio de Derecho de Gentes.

principalmente en planteamientos no militares para la prevención de conflictos, con objeto de eliminar las raíces de los mismos en vez de intentar combatir los fenómenos que de ellos se derivan.

⁹⁸⁸ Que, desde esta reunión, ha sido actualizado con ocasión de las sucesivas reuniones de **Gante** (19 de octubre de 2001), **Laeken** (14 de diciembre de 2001) y **Sevilla** (21 y 22 de junio de 2002). Vid Anexo I.

⁹⁸⁹ (1) *Una prohibición general de la amenaza o del uso de la fuerza* en las relaciones internacionales y la resolución pacífica de los conflictos; (2) en caso de ataque "armado", como ocurrió el 11 de septiembre de 2001, el establecimiento y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales son responsabilidad, en primer lugar, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; (3) **el derecho de autodefensa de un Estado que haya sido atacado solo podrá legitimarse si está autorizado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o se ajusta de otro modo al Derecho Internacional, y si es proporcionado, necesario y eficaz (art.51 de la Carta); (4) los principios del Derecho humanitario, que distinguen entre objetivos civiles y militares y entre combatientes y no combatientes, son también aplicables en caso de que estén llevando a cabo operaciones militares debidamente autorizadas y que sean proporcionadas en virtud del Capítulo VII (artículos 39-42) de la Carta de las Naciones Unidas y, además a nivel de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad y sus Estados miembros deben respetar principios fundamentales no derogables protegidos por el apartado 2 del art.4 del PIDCP.**

⁹⁹⁰ En este sentido insta a la Convención sobre el futuro de Europa que examine la manera apropiada de modificarlos, en particular creando el fundamento jurídico necesario que permita a la Unión proceder al embargo preventivo de bienes y detener la financiación de las personas, los grupos y las entidades de la UE implicados en actos terroristas e incluidos en la lista elaborada por ésta.

⁹⁹¹ **Creemos particularmente que, por detectarse una *opinio iuris sive necessitatis* - manifestada no solo en este ámbito-, es un nuevo principio de Derecho de Gentes que ya está cuasi-cristalizado en la costumbre de la Comunidad Internacional. Particularmente sostenemos esta afirmación porque esta norma Insiste (punto 42) en el clamoroso daño, indescriptible, y en el enorme sufrimiento que el terrorismo causa a las víctimas y a sus familias.** Por consiguiente, acoge con satisfacción la adopción de medidas que tengan en cuenta las especiales circunstancias que las rodean, *en particular, la aproximación de las legislaciones nacionales relativas a la compensación de las víctimas de actos de terrorismo*. Señala así que la prevención y la lucha contra el terrorismo son, entre otras cosas, una obligación para con las víctimas y sus familias. Acoge con satisfacción la aprobación del Libro Verde de la Comisión "Indemnización a las víctimas de los delitos" (COM (2001) 536) e insta a que se propongan y adopten con rapidez los instrumentos jurídicos adecuados para la aproximación de las legislaciones nacionales relativas a la compensación de las víctimas de actos terroristas, sin olvidar las circunstancias especiales en que éstas se encuentran.

XIX.III.3. Hacia la decisión del consejo de 2003

La Decisión del Consejo de 2003. Delitos de terrorismo (Decisión Marco 2002,13.06:arts.1 a 3). Concreta los postulados teóricos anteriores de la lucha contraterrorista. Esta tarea se acomete tipificando los delitos de terrorismo a través de la Decisión Marco de 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de Junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo y de la orden de detención europea, que es complementada por otra posterior, la 2003/48/JAI, de 19 de Diciembre, del Consejo (LCEur 2003/109; DOL 22 de febrero de 2003, nº 16).

LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA: EL PROCEDIMIENTO DE EUROPOL Y EUROJUST. Según su art.1.b), a efectos de esa Decisión, se entenderá por *delitos de terrorismo* los referidos en los arts. 1 a 3 de la Decisión marco⁹⁹² 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo y de la orden de detención⁹⁹³ europea.

PROCEDIMIENTO⁹⁹⁴. *El procedimiento de detención* prevé que cuando la persona buscada lo sea tendrá derecho a ser informada del contenido de la orden así como de contar con la asistencia de un abogado y un intérprete. En cualquier caso, la autoridad judicial de ejecución tendrá derecho a decidir mantener a la persona en detención o ponerla en libertad pero bajo determinadas condiciones. A la espera de una decisión, la citada autoridad procederá con arreglo a su legislación nacional a oír a la persona afectada⁹⁹⁵. A más tardar en los 60 días siguientes a la detención, la autoridad judicial de ejecución debe tomar una decisión definitiva sobre la ejecución de la orden de detención europea.

⁹⁹² Son actos conexos a ella: (1) El Informe de la Comisión, de 6 de noviembre de 2007, basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo [COM (2007) 681 final – Diario Oficial C 9 de 15 de enero de 2008]. (2) El Informe de la Comisión, de 8 de junio de 2004, basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo [COM (2004) 409 final – Diario Oficial C 321 de 28 de diciembre de 2004]

⁹⁹³ A partir del 01 de enero de 2004 esta Decisión sustituyó los Tratados y Acuerdos de extradición entre Estados miembros sobre esta materia. La orden de detención será aplicable en ciertos casos *-(1) de una condena definitiva a una pena de cárcel o medida policial que tenga, al menos, una duración de 4 meses; (2) una infracción para la cual una pena de encarcelamiento o una policial superior a un año esté prevista-* a condición de que estén penadas en el Estado miembro de emisión por una pena de un máximo de al menos tres años, las infracciones que puedan dar lugar a entrega *sin control de la doble incriminación de hecho*, entre otras: terrorismo. Para actos delictivos distintos la entrega podrá subordinarse a la condición de doble incriminación.

⁹⁹⁴ Vid. Anexo I.

⁹⁹⁵ La persona interesada deberá expresar su consentimiento a la entrega, de forma irrevocable y habiendo sido plenamente informada. En este caso concreto la autoridad judicial de ejecución debe adoptar una decisión definitiva sobre la ejecución del mandato en un plazo de 10 días tras el consentimiento. *Cada Estado miembro sigue siendo libre para establecer que, bajo determinadas condiciones, el consentimiento sea revocable.* Al respecto, debe añadir una declaración del acto de adopción de la presente decisión indicado las modalidades prácticas que permiten la revocación del consentimiento.

Posteriormente lo notificará inmediatamente a la autoridad de emisión (solicitante de la entrega)⁹⁹⁶. Previa presentación de determinados documentos, entre ellos la orden de detención, todo Estado miembro permitirá el tránsito en su territorio de una persona que sea objeto de una entrega. Este procedimiento se completa con la previsión del intercambio de información de los registros de *antecedentes penales* regulado por Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005, cuya respuesta tiene que realizarse en un máximo de 10 días y sólo para los fines solicitados.

XIX.III.4. Comunicaciones de la Comisión de 2004 y 2005 relativas a la mejora de la información y cooperación

XIX.III.4.1. El problema de la financiación

La Comunicación de la Comisión núm 221 de 29 de marzo del 2004 (Lceur 2004/1408) relativa al establecimiento de determinadas acciones que deben emprenderse en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, *en particular, con el fin de mejorar los intercambios de información* y Propuesta de Decisión relativa al intercambio de información y a la cooperación. Esa Comunicación pretende fijar *orientaciones* buscando un equilibrio “*seguridad y libertades*” considerando que es *necesario actuar innovadoramente contra las fuentes de financiación de organizaciones terroristas*. Se trata de una tarea muy difícil (encuadrada en el Plan de Acción de la UE⁹⁹⁷) porque se funda en operaciones lo más secretas posibles, realizadas a una escala internacional y, a menudo, en circuitos paralelos. El mayor *compromiso europeo que supone esta lucha a raíz del 11-S* movilizó a los Estados miembros, el Consejo y la Comisión adoptando rápidas medidas⁹⁹⁸, de carácter legislativo y operativo, que reforzaron considerablemente el arsenal antiterrorista de la UE. Muchas de ellas no sólo cubren el terrorismo en sí sino un campo más amplio⁹⁹⁹. Otras tienen como objetivo preciso la lucha contra el terrorismo: se trata, por una parte, de medidas vinculadas a las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU¹⁰⁰⁰ y, por otra, las destinadas a la UE¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁶ No *dará* ejecución, en todo caso motivado, a la orden europea de detención: a) Si ya hay una sentencia definitiva (*ne bis in idem*). b) caso de amnistía del Estado miembro de ejecución. c) por su edad. d) *facultativamente ya*: por otras razones (prescripción, sentencia definitiva de un país tercero, etc.)

⁹⁹⁷ www.europarl.eu.int/summits/pdf/bru_fr.pdf

⁹⁹⁸ Figuran en el **documento de trabajo de la Comisión de 28 de marzo del 2003**; Documento SEC (2003) 414, titulado “*Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre las medidas de lucha contra la financiación del terrorismo*”.

⁹⁹⁹ Vid. Anexo I.

¹⁰⁰⁰ Vid. Anexo I.

¹⁰⁰¹ Vid. Anexo I.

XIX.III.4.2. Seguimiento: Organización delictiva, Grupo terrorista, listas electrónicas, cuentas bancarias, transparencia de personas jurídicas, medidas de restricción de movimientos, registro de penados europeo

La financiación del terrorismo, es constitutiva de delito en la Unión desde la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. La movilización de los Estados y la sensibilización de los ciudadanos en la lucha contra el terrorismo deberían conducir a desecar *las fuentes llamadas “legales” de financiación del terrorismo*. La financiación del terrorismo puede incluir ingresos procedentes de fuentes legítimas: así, la colecta de fondos para obras benéficas constituye uno de los medios de reunir fondos para su apoyo. Pero, como las organizaciones delictivas, un grupo terrorista puede obtener ingresos de la delincuencia. Por tanto, **la lucha contra el terrorismo, para ser eficaz completamente, debe abordarse también en conexión con las otras formas de criminalidad.**

ORGANIZACIÓN DELICTIVA Y GRUPO TERRORISTA. El concepto de “*organización delictiva*”¹⁰⁰², introducido y definido por la Acción común 1998/733/JAI relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva, que fue aprobada en el Consejo de 21 de diciembre de 1998, es modulado con nuevos parámetros que hay que tener en cuenta, sobre todo el Convenio de Naciones Unidas contra la *delincuencia transnacional organizada*, llamado “*Convenio de Palermo*”, al enumerar los tipos vinculados a la participación en un grupo delictivo organizado, y la Decisión¹⁰⁰³ marco 2002/475/JAI, de 13 de junio del 2002, sobre la lucha contra el terrorismo en cuanto que define el “*grupo terrorista*” inspirándose en la definición de “*organización delictiva*”, pero constituye un instrumento mucho más completo.

LISTAS ELECTRÓNICAS. En cuanto a *su propuesta de elaborar una lista electrónica de las personas, grupos y entidades objeto de medidas restrictivas*, la Comisión explica que *la congelación de sus fondos y otros activos financieros* constituye uno de los mecanismos existentes en la UE para luchar contra el terrorismo. Así, en la Posición común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre del 2001, figura *una lista anexa* al respecto. Esta lista se *actualiza regularmente mediante nuevas posiciones comunes*¹⁰⁰⁴. Una lista electrónica

¹⁰⁰² “Una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”

¹⁰⁰³ Vid. Anexo I.

¹⁰⁰⁴ El Reglamento (CE) nº 2580/2001 (LCEur/2001/4530) del Consejo de 27 de diciembre del 2001 se refiere a la aprobación de esas medidas restrictivas específicas contra las personas y entidades de una lista elaborada por el Consejo y periódicamente revisada, de forma que ese

bancaria consolidada, permanente, actualizada y accesible, tiene la ventaja de ganar en eficacia por facilitar la rapidez de tratamiento, por lo que Europol y otras instancias y servicios competentes de la Unión en el ámbito de la lucha contra el terrorismo ganan tiempo y eficacia.

CUENTAS BANCARIAS. También se aporta la idea de que debería instaurarse en los Estados miembros *un sistema nacional eficaz de registro de las cuentas bancarias* que permita responder rápidamente a las solicitudes de asistencia judicial mutua relativas a cuentas y movimientos bancarios. Explica que las dificultades en la cooperación policial y judicial respecto a los delitos financieros se deben a la dificultad de llevar a término las investigaciones sobre las cuentas y movimientos bancarios. Es la razón por la que *el establecimiento de medios que permitan identificar a los beneficiarios de las cuentas y la centralización de las cuentas bancarias podría permitir mejorar la rastreabilidad de los movimientos de capitales en el contexto de las investigaciones penales, en particular en el ámbito de la financiación del terrorismo y el blanqueo*¹⁰⁰⁵.

TRANSPARENCIA DE PERSONAS JURÍDICAS Y MEDIDAS DE RESTRICCIÓN DE SUS MOVIMIENTOS El Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión, en su sexto punto, propone que debe encontrarse un mecanismo que permita recoger y transmitir informaciones para “*evitar la infiltración de grupos terroristas en actividades lícitas*”. Es frecuente que los grupos criminales organizados se infiltren en actividades legales para blanquear dinero. *La mejora de la transparencia de las personas jurídicas*, incluidas las que no tienen ánimo de lucro, constituye un medio de prevención y lucha que puede ser eficaz tanto contra la delincuencia organizada como contra el terrorismo¹⁰⁰⁶. La mayor parte de los Estados miembros llevan

Reglamento se aplica mediante decisiones que recogen las listas publicadas en el Diario Oficial. Además, la **Posición común 2002/402/PESC del Consejo, de 27 de mayo del 2002**, adopta medidas restrictivas contra *Usama Bin Ladin*, los miembros de la organización *Al Qaida*, los *talibanes* y otras personas, grupos, empresas y entidades asociadas a ellos. Este texto prevé, en particular, que la Comunidad ordene la congelación de los fondos y recursos económicos de las personas y entidades contempladas en la lista elaborada de acuerdo con las **Resoluciones 1267 (1999) y 1333 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**, regularmente puesta al día por un Comité creado por la primera Resolución apuntada. En paralelo el **Reglamento (CE) nº 881/2002 (LCEur/2002/1380) del Consejo, de 27 de mayo del 2002**, establece medidas del mismo tipo contra las mismas personas y entidades.

¹⁰⁰⁵ Algunos Estados miembros han establecido un sistema de centralización en las cuentas bancarias; por ejemplo, en Francia existe el “Fichero de cuentas bancarias y asimiladas” (FICOBA).

¹⁰⁰⁶ Con el mismo espíritu, el **apartado 54 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999** ya consideró que, respetando debidamente las disposiciones sobre protección de datos, procedía mejorar la transparencia del capital de las sociedades. Un documento (**Documento de trabajo SEC (2003) 378, de 21 de marzo de 2003**) de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a medidas y acciones preconiza la extensión de esta medida. En paralelo, la Comisión hizo proceder a un **estudio comparativo** de las medidas existentes en los Estados miembros con el fin de prevenir la infiltración de la delincuencia organizada y los grupos terroristas en las entidades legales.

registros de sociedades en los que figuran datos diversos. Estos registros los llevan bien organismos públicos vinculados al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Comercio e Industria, o a órganos jurisdiccionales, bien organismos parapúblicos como las cámaras de comercio. Se preconiza que, con carácter preventivo de las infiltraciones al sector legal, todos los Estados miembros introduzcan en sus legislaciones (*relativas a la constitución y administración de personas jurídicas*) mecanismos¹⁰⁰⁷ de inhabilitación y prohibición aplicables a las personas jurídicas y físicas en caso de condena, en particular, por infracciones vinculadas al terrorismo o a la delincuencia organizada.

REGISTRO DE PENADOS EUROPEO. La creación¹⁰⁰⁸ de un registro de penados europeo para que la lucha sea eficaz se debe a que se requieren intercambios de información sobre las condenas. Esto es igualmente cierto en el marco de la prevención y la lucha no sólo del terrorismo sino de la delincuencia organizada¹⁰⁰⁹. Se estipula (medida 2 del programa) el *principio en virtud del cual el juez de un Estado miembro debe estar en condiciones de tener en cuenta las resoluciones*¹⁰¹⁰ penales definitivas pronunciadas, un modelo normalizado de solicitud de antecedentes penales (medida 3), y realizar un estudio de viabilidad de mantener informadas sobre las condenas penales dictadas (medida 4), teniendo en cuenta las libertades individuales y de protección de datos, a las autoridades competentes de la UE.

¹⁰⁰⁷ Tal mecanismo supondría: (1) **La existencia de registros nacionales fiables de personas jurídicas.** Tales registros deberían permitir, en particular, identificar a los beneficiarios reales de las empresas. Esto facilitará las investigaciones y aumentará la eficacia de la cooperación policial y judicial. (2) **La previsión de inhabilitaciones y prohibiciones en toda la Unión** en relación con la creación, gestión o dirección de personas jurídicas por parte de personas físicas condenadas por delitos vinculados al terrorismo o a la delincuencia organizada. (3) **Y la instauración de un mecanismo de intercambio de información** con el objetivo de comprobar si personas condenadas, en particular, por delitos vinculados al terrorismo o a la delincuencia organizada, intentan participar en la creación o administración de personas jurídicas y de aplicar las medidas de prohibición e inhabilitación a que están sometidas.

¹⁰⁰⁸ La vía hacia un registro de condenados a nivel europeo ha sido considerada en la **Comunicación de la Comisión sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones firmes en materia penal, así como en las medidas nº 2 a 4 del Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal.**

¹⁰⁰⁹ La **Recomendación nº 7 del Plan de Acción de 1997** relativo a la *delincuencia organizada* prevé prohibir a las personas que hayan cometido infracciones vinculadas a la delincuencia organizada participar en *procedimientos de licitación pública*. La **Recomendación nº 2** de la estrategia de la UE para el comienzo del nuevo milenio retoma esa misma idea.

¹⁰¹⁰ En lo que se refiere a **la toma en consideración de las condenas extranjeras** tal y como se prevé en la medida, la situación varía según los Estados miembros. Pese a que el **art.56 del Convenio del Consejo de Europa sobre la validez internacional de las sentencias penales** establece que “*Todo Estado contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada con audiencia del acusado con el fin de hacer aplicable la totalidad o parte de las inhabilitaciones que su ley atribuye a las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia*”, sin embargo, solo cuatro Estados miembros ratificaron el Convenio de 1970 y sin emitir ninguna reserva sobre la aplicación del art.56 (*Austria, Dinamarca, España y Suecia*).

Con motivo de dos estudios¹⁰¹¹ se desprende que los Estados miembros mantienen registros nacionales de condenas penales *pero que hay diferencias importantes que ponen de manifiesto la necesidad de la cooperación así como que actualmente la obtención de información sobre las condenas penales requiera el recurso a la asistencia judicial mutua*¹⁰¹². Por ello propone un registro europeo de condenas e inhabilitaciones. Ya en el punto 8, y para finalizar, se habla de que *el intercambio de información entre los Estados miembros y los órganos de la Unión para la lucha contra el terrorismo debe de ser total*¹⁰¹³.

XIX.III.4.3. La formulación de los principios

El nuevo principio de disponibilidad (01 de enero del 2008, 01.01.2008) El intercambio de información en materia penal, por Decisión Marco del Consejo de 12 de octubre de 2005, se basa ahora en un nuevo principio que no tiene precedentes y se debe aplicar a partir del 01 de enero de 2008: el de disponibilidad. Se define¹⁰¹⁴ en el Programa de La Haya y su novedad reside en el hecho de que cuando un agente de los servicios policiales o de Europol necesite determinada información para realizar su trabajo, a efectos de prevención o detección de infracciones penales o de investigación, podrá obtenerla, ya que el Estado miembro que dispone de la misma estará obligado a facilitarla, excepto en casos debidamente justificados¹⁰¹⁵.

El principio de acceso directo en línea: ADN, etc. A raíz precisamente de los atentados de Londres el 7-J el Consejo de Justicia e Interior, en su Reunión extraordinaria de 13 de julio del 2005, propuso también el principio de un acceso

¹⁰¹¹ "Blueprint for an EU criminal record database: Legal, político-institucional & practical feasibility" (Prof. Gert Vermeulen y Prof. Tom Vander Beken, Universidad de Gante; **Proyecto Grotius** 2001/GRP/024) y "A European Criminal Record as a means of combating organised crime" (coordinado por la Dra. Helen Xanthaki, IALS, London; **Proyecto Falcone** 2000/FAL/168). Otro más reciente encargado por la Comisión es el Estudio nº DG JAI-B2/2003/01 realizado por el IALS en 2003 bajo la dirección de Constatin Stefanau y Helen Xanthaki. Las diferencias encontradas son: 1. En determinados Estados miembros los registros están a cargo de los servicios de *policía*, mientras que en otros dependen del *Ministerio* de Justicia. 2. Hay diferencias relativas a los *tipos* de condenas e *inhabilitaciones* inscritas en los registros nacionales. 3. También hay diferencias importantes por lo que se refiere a las normas relativas a *la supresión de las inscripciones* de registros de penados. 4. Las disposiciones existentes en los diez nuevos Estados miembros que se incorporan a la UE en 2004 también son muy distintas.

¹⁰¹² Vid. Anexo I.

¹⁰¹³ Vid. Anexo I.

¹⁰¹⁴ En el sentido de que "las autoridades de un Estado miembro pondrán a disposición de las autoridades de otro Estado miembro la información que necesiten a efectos represivos (antes de la iniciación de las actuaciones)". La autoridad que obtenga información en virtud de la decisión marco solo podrá utilizarla para el fin acordado, y ésta no podrá servir como prueba de una infracción sin la autorización previa de una autoridad judicial del estado miembro que la facilitó. Otra garantía es la rastreabilidad de la información y la protección de datos personales.

¹⁰¹⁵ **Art.14.** Son, en suma: evitar comprometer el resultado de una investigación en curso, proteger a una fuente de información o la integridad física de una persona, preservar la confidencialidad de la información en todas las etapas del tratamiento y proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas cuyos datos se traten en virtud de la Decisión marco.

directo en línea, para los servicios policiales de los Estados miembros y para los agentes de Europol, a la información disponible y a los datos que remitan a información no accesible en línea¹⁰¹⁶.

El recurso a las nuevas metodologías Fruto de esas inquietudes es la Decisión¹⁰¹⁷ del Consejo 2007/124/CE, de 12 de febrero del 2007, que evalúa los riesgos de aquéllas, elabora metodologías, y mejora la seguridad transfronteriza de suministros incluyendo la previsión de ejercicios conjuntos. Previamente, en la misma línea señalada, se resaltó la Decisión 2003/48/JAI, de 19 de diciembre del 2002, cuyo contenido asimismo ha sido ampliado posteriormente por Decisión del Consejo 2005/671/JAI, de 20 de septiembre del 2005, que amplía el intercambio a todas las etapas del procedimiento, incluidas las condenas, y a todas las personas físicas y jurídicas, grupos y entidades que son objeto de investigación, procesamiento o condena por delitos de terrorismo.

En cuanto a otra normativa básica de interés destacamos la Decisión 2007/551/PESC/JAI del Consejo, de 23 de julio de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un **Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (Acuerdo PNR 2007) - Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (Acuerdo PNR 2007)**¹⁰¹⁸-, la Propuesta de decisión marco del Consejo de 6 de noviembre de 2007 sobre utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (Passenger Name Record - PNR) con fines represivos¹⁰¹⁹, la Directiva 2008/114/CE del

¹⁰¹⁶ Es una propuesta que va más allá del intercambio de información previsto por el *Convenio de Schengen* por cuanto que no forma parte de su acervo, y tiene conexión con la iniciativa de 2007 de profundizar en la cooperación transfronteriza prevista ya en el Tratado de la ciudad belga de Prüm en 2005, y en cuya virtud se concede a los Estados miembros concederles derecho de acceso a sus ficheros automatizados de análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN), de identificación dactiloscópica y de matriculación de vehículos. De este Tratado está propuesta el 15 de enero del 2007 su transposición en el marco de la UE.

¹⁰¹⁷ Es una Decisión por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico «Prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y de otros riesgos en materia de seguridad». Forma parte del «Programa marco de seguridad y defensa de las libertades» [COM (2005) 124 final], que está dotado con un presupuesto de 745 millones de euros y se inscribe en el marco de las perspectivas financieras 2007-2013. Este programa marco integra un paquete de tres medidas coherentes -«Solidaridad y gestión de los flujos migratorios», «Seguridad y defensa de las libertades» y «Derechos fundamentales y justicia»- que sustituye a los diversos instrumentos que la Comisión gestionaba en el ámbito de la justicia, libertad y seguridad.

¹⁰¹⁸ Vid. Anexo I.

¹⁰¹⁹ Recogidos los datos por la unidad de información sobre pasajeros, ésta efectúa su análisis procediendo a una evaluación del riesgo que puedan plantear los pasajeros. Vid. Anexo I.

Consejo, de 8 de diciembre de 2008, sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección¹⁰²⁰, la Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de Diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea¹⁰²¹, la Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la oficina Europea de policía (Europol)¹⁰²², la Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo, de 24 de Junio de 2009, sobre el refuerzo de la seguridad química, biológica, radiológica y nuclear en la UE¹⁰²³, el Programa de *Estocolmo* – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano [Diario Oficial nº C 115 de 4/5/2010]¹⁰²⁴ cuyo Plan de Acción¹⁰²⁵, sobre todo en materia de migración y asilo, se está adoptando desde Junio del 2010 -, la Decisión del Consejo 2010/412/UE, de 13 de julio de 2010, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, la Decisión 2010/131/UE del Consejo, de 25 de Febrero del 2010, por la que se crea el comité Permanente de cooperación operativa en materia de Seguridad Interior, y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 20 de julio de 2010 – La política antiterrorista de la UE: logros principales y retos futuros [COM(2010) 386 final – no publicada en el Diario Oficial]¹⁰²⁶.

Asimismo, al calor de los atentados de *París* el 13-N del 2015 y el cambio de estrategia¹⁰²⁷ del Estado islámico -que ya no se sirve sólo de “lobos solitarios” sino de células operativas e informativas de yihad urbana al estilo de viejas bandas terroristas (de inspiración marxista que actuaron en el siglo XX) que preparan atentar de forma organizada-, las instituciones comunitarias han endurecido su

¹⁰²⁰ De ella deriva la Ley española 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas y su Reglamento aprobado por R.D.704/2011, de 20 de mayo.

¹⁰²¹ Vid. Anexo I.

¹⁰²² Europol tiene su sede en *La Haya, Países Bajos*, y consta de personalidad jurídica. Las competencias de Europol abarcarán aquellos casos en que dos o más Estados miembros requieran un planteamiento común para combatir la delincuencia organizada, el terrorismo y otras formas graves de delincuencia. También contemplarán los delitos penales conexos.

¹⁰²³ Se prevé la reacción ante crisis con implicaciones transfronterizas, entre cuyas medidas están un Mecanismo Comunitario de protección Civil y un Centro Europeo para la prevención y Control de las Enfermedades (CEPCE). Se adoptaron por primera vez a escala comunitaria acciones para impedir amenazas químicas, biológicas, radiológicas y nucleares en el Consejo Europeo de *Gante* (2001), pero en febrero de 2008 se creó un Grupo de Trabajo al respecto.

¹⁰²⁴ Vid. Anexo I.

¹⁰²⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 – Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos – Plan de acción por el que se aplica el Programa de *Estocolmo* [COM (2010) 171 final – no publicada en el Diario Oficial].

¹⁰²⁶ Vid. Anexo I.

¹⁰²⁷ Se ha transformado en una organización global con franquicias locales capaces de causar estragos en capitales occidentales.

estrategia antiterrorista por aplicación del art.47-2¹⁰²⁸ del Tratado de Lisboa y de la Unión invocado por *Hollande, especialmente en dos vertientes: la policial*, con habituales redadas antiyihadistas de detención de sospechosos, la puesta bajo arresto domiciliario a los retornados de *Siria e Iraq* por un tiempo limitado (12 horas diarias y tres controles por semana en comisaría, decidido por el Ministerio del Interior bajo control judicial), registros y controles en lugares sensibles, o la regulación de condiciones para hacer uso de su arma en caso de huida de posibles terroristas, *y la política*, cercando a los llamados combatientes europeos en la guerra de *Siria y conflictos de la zona*. Se retiran para ello los documentos de identidad a presuntos yihadistas que tengan la intención de viajar a esos territorios, y sobre todo, se pretende mejorar el control del tráfico de armas y hasta la suspensión temporal o revisión del acuerdo sobre el espacio *Schengen* de libre circulación en las fronteras europeas. Todo ello porque *Siria*, tras casi cinco años de guerra civil, se ha convertido en centro de operaciones de un grupo terrorista capaz de llevarla también hasta el corazón de Europa¹⁰²⁹ con la dificultad añadida de que, *identificarlo como tal, aquí no es sencillo*: utilizan elementos suicidas; actúan a veces sólo con armas blancas como en el caso del asesinato en una calle de *Londres* a plena luz del día del soldado *Lee Rigby* en 2013 (o “*la intifada de los cuchillos*” comenzada en octubre del 2015); la guerra de *Siria* que se libra está más en el campo de la batalla de la proganda (como lo demuestra el que los atentados de *París* fueron la respuesta a que, días antes, *los peshmerga kurdos* arriaban el pendón negro de ISIS en *Sindaj* tras su victoria) y, sobre todo, porque no se puede monitorizar todas las horas del día a un sospechoso sin delito que lo justifique, pese a que entre sus componentes sí los haya que ya puedan estar fichados por la policía (pero sólo por delincuencia común).

¹⁰²⁸ “*Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el art.51 de la Carta de las Naciones Unidas*” pero “*sin perjuicio específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros*”. **Cláusula de defensa colectiva vinculada para los países miembros de la OTAN al famoso art.V de la Alianza**, que desencadena una serie de protocolos de guerra y que solo se ha invocado una vez, después de los atentados de las torres gemelas en Nueva York. En suma, setenta años después de la II guerra mundial la entente que venció al nazismo tiene visos de reeditarse, sin embargo esta vez contra la hidra terrorista y sin tropas sobre el terreno.

¹⁰²⁹ Por ejemplo, en *España* los operativos de 2015 desarrollados han permitido frustrar varios planes para atentar porque a través de la detención de “*un retornado*” en *Junio* en *Polonia*, gracias a la información aportada por la Guardia civil, tenía la misión de preparar atentados en conciertos de rock en nuestro país, donde había residido cuatro años, **lo que ha justificado elevar el nivel de alerta a 4 de un máximo de 5**. En el exterior, el peligro de atentado tampoco es irreal como lo demuestra el que tuvo lugar cerca de la embajada española en *Kabul* el 11 de diciembre de 2015, en el que murieron dos policías españoles y cuya autoría se la atribuyó el talibán *Zahibulá Muyahid*. Ataque que supone un golpe casi mortal al proceso de paz en *Afganistán*, sobre todo tras el asedio de 27 horas por los talibanes dos días antes al aeropuerto de *Kandahar* (en el que murieron 68 personas).

XIX.IV. Consideración parcial: la adaptación regional europea del Derecho de Gentes en virtud del principio de su dinamismo histórico

Creemos que las reglas del juego no están cambiando como parece, sino que no sólo la UE está retornando de forma polifacética y post-traumática, no consuetudinaria, a los viejos postulados del Derecho de Gentes. Y no sólo ella, insistimos. Los crímenes contra la humanidad y las normas que lo regulan forman parte del *ius cogens*, y por ello, son reglas imperativas del Derecho Internacional General que, so pena de nulidad, tal como lo reconoce el art.53¹⁰³⁰ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados desde 1969, no pueden ser modificados por tratados o leyes nacionales. En algunos casos, así en *Argentina* –donde han tenido lugar famosas desapariciones forzadas- las normas relativas al Derecho de Gentes han venido impuestas positivamente desde 1853 merced a la referencia específica del art.118, ex 102 de su Constitución¹⁰³¹, que se orientó a asegurar el compromiso de los Tribunales nacionales en la persecución de los crímenes internacionales. El conjunto de normas que en 1853 se consideraba como integrante del Derecho de Gentes era, sin duda, diferente al actual; sin embargo la noción de delitos contra el Derecho de Gentes es *necesariamente variable y evoluciona históricamente*. Un claro ejemplo, según hemos visto, es el caso del terrorismo en virtud de la interpretación dinámica del Derecho de Gentes. Además, tal como afirma Rodolfo Mattarollo¹⁰³², “(...) *en el Derecho Penal Internacional, contra lo que a veces se afirma, el principio de legalidad existe, pero tiene características peculiares y se ha expresado de una manera que le es propia: nullum crimen sine iure, lo que significa que las incriminaciones deben tener una base normativa y no ser arbitrarias, aunque las penas no estén formuladas de una manera expresa y específica.*”

El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional parte de una distinción fundamental entre la norma de comportamiento y la norma de represión. La costumbre puede dar nacimiento a la norma de comportamiento: un

¹⁰³⁰ **Tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General** (“*ius cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

¹⁰³¹ Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

¹⁰³² **MATTAROLLO, R.** (2006). “*Terrorismo, lucha antiterrorista y Derechos Humanos*”, del Panel de juristas eminentes de la Comisión Internacional de Juristas 31 de octubre de 2006, en su intervención como Subsecretario de Promoción y protección de Derechos Humanos (Secretaría de Derechos Humanos). Argentina.

comportamiento se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica. En esto consiste la particularidad del principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional. Dicho principio exige un texto, pero solamente para la norma de comportamiento y como prueba de la existencia de la costumbre. Esto es necesario para definir este comportamiento como criminal y no sólo como ilícito, distinción que la costumbre, no formulada en un texto, no siempre hace aparecer en forma clara. Pero la norma de represión es una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Exigir identificar de la misma forma una norma consuetudinaria de represión equivaldría a exigir una costumbre de la transgresión. En este sentido el Derecho Penal Internacional no es retroactivo.”

XX. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN SU AFECTACIÓN AL DERECHO MILITAR

XX.I. Las consideraciones preliminares

XX.I.1. Objetivos propuestos y Metodología

El estudio del tardío y complicado “parto” de esta nueva Organización Jurisdiccional Convencional¹⁰³³, y el bagaje de los conflictos y Misiones de Paz realizadas por *España*, son ambos factores que respecto al escollo de la irretroactividad para que juzgue o no sobre aquéllas permiten analizar críticamente el Tribunal Penal Internacional (en adelante TPI) bajo la *perspectiva temporal de preguntarse cuál habría sido su hipotético papel en casos sobre los que, al no tener competencia intemporal, probablemente el TPI nunca*¹⁰³⁴ vaya a juzgar por

¹⁰³³ Vid. Anexo I. Tiene su origen institucional y organizativo –a diferencia de los Tribunales Penales Internacionales de laEx-yugoslavia y de Ruanda (TPIY y TPIR)- en un **Tratado** multilateral de Estados Partes, no en Resoluciones (827 y 955) del Consejo de Seguridad de la ONU. Según **ESCOBAR HERNÁNDEZ C.** (2000.a), “*La Corte Penal Internacional*”, en **GARCÍA ARÁN, M y LÓPEZ GARRIDO, D.**, 2000: *Crimen Internacional y Jurisdicción universal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp.227-236), esta solución ofrece las ventajas de la seguridad en su definición y aceptación de obligaciones estatales asumidas, de una precisa delimitación competencial evitando conflictos al respecto y de su utilidad en un mayor avance de compromiso social. Entre las razones que **ESCOBAR HERNÁNDEZ, C** (2000.b) “*Algunas reflexiones sobre el TPI como organización institucional*”. REDEM 75, P.174. apunta para que el Estatuto de Roma naciera por un Tratado son: conseguir la autonomía del TPI respecto a Estados y Organizaciones Internacionales, la introducción de modificaciones importantes en las concepciones del DI, y el aval que supone obtener de los Estados su propia voluntad de una cesión de su soberanía en materia de *ius puniendi*, posición respetuosa que no se debe minusvalorar. Vid. **ESCOBAR HERNÁNDEZ, C** (2000.c) “*Crimen Internacional y Jurisdicción universal. El Caso Pinochet*.” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, pp.227-237.

¹⁰³⁴ Tampoco se puede afirmar con rotundidad porque puede que en un futuro sea un Tribunal *Ad Hoc* para un caso concreto. De hecho, **YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J.A** (2000). “*El proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto*”, REDEM 75, p. 108. pone como ejemplo el que se encuentren muy avanzadas las negociaciones entre Naciones Unidas y el Gobierno camboyano para la constitución de un Tribunal mixto que depure las responsabilidades por las matanzas perpetradas por los *Jemeres Rojos* en Camboya en los años 70. También se

*haber ocurrido con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma*¹⁰³⁵. Este Capítulo tendrá además la principal pretensión de preparar las bases para indagar *qué tipo de colaboración con la Justicia Internacional Penal podría jugar concretamente el Asesor jurídico-militar español en tales misiones*, más si cabe teniendo en cuenta que –según ya dijimos- los soldados también pueden ser “víctimas” del terrorismo internacional, al menos bajo la forma de ser también los posibles perjudicados de un crimen de guerra¹⁰³⁶. Con ello pretendemos explorar las consecuencias que giran sobre nuestro particular *pronóstico* del Derecho aplicable en esas situaciones y, por tanto, fisgar entre las entornadas puertas del TPI para valorar *esta institución* jurisdiccional que lo es (1) penal, (2) con personalidad jurídica internacional e independiente, (3) vinculada a la ONU por un Acuerdo –art.2-, por fin (4) permanente, con vocación universal y, precisamente por esta característica, criticada por algunos¹⁰³⁷, (5) complementaria respecto a la estatal.

trabaja en la mejor manera de aclarar y castigar las tropelías de que fue objeto la población civil de *Timor Oriental* durante la ocupación por *Indonesia*.

¹⁰³⁵ Su aprobación fue en Conferencia de plenipotenciarios de 17 de julio de 1998. 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. Su entrada en vigor, de acuerdo con el art.126, lo ha sido a la sexagésima ratificación, aceptación, aprobación o adhesión –que no solo firma previa- de nuevo Estado Parte. Para España ya pudiera haber tenido efecto de su entrada en vigor desde el 1 de julio del 2002 gracias a la autorización de su ratificación por Ley O.6/2000, de 6 de octubre. *Existe como única posibilidad remota de conocimiento -aquí prácticamente desahuciado- de los supuestos verídicos que se comentarán:* la prevista en el art.12.3 del Estatuto, es decir, que el Estado que adquiriese la condición de parte con posterioridad a la entrada en vigor del estatuto (BiH, Iraq, Afganistán) hubiera aceptado con anterioridad el ejercicio de la competencia de la Corte sobre un supuesto concreto y expresamente señalado.

¹⁰³⁶ Ello nos ha obligado a estudiar también las referencias estatutarias mínimas posibles, esto es, no solo la de las víctimas. Piénsese, por ejemplo, en la defensa de un soldado que fuera acusado de ser un terrorista infiltrado en filas. Quizá **el Estatuto de Roma, entre otras razones porque** por el momento **no contempla individualmente como tal crimen “el terrorismo”**, no haya previsto expresamente el caso que acabamos de exponer. Además de no existir la figura procesal del acusador –**el monopolio de la acción penal en el TPI la tiene el Fiscal**-, podría entenderse que en un ambiente multinacional el asesor jurídico del mando perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar no deja de ser un defensor de nuestra Fuerza militar operativa y sus componentes, que no *de* sus componentes. Aquí pondremos algunos ejemplos donde podría darse el “caso”, pero basta como muestra el botón de que por normativa incluso común española -ya antes de que el TPI naciera- pueda actuar de Notario en casos de testamentaría al igual que un Auditor o Comisario de guerra como tal -según lenguaje no eufemístico del propio **Código civil (arts.714 y ss.)**-.

¹⁰³⁷ Aunque no es una Jurisdicción “universal”, **en la medida en que no conoce de un caso intemporalmente**, si tiene vocación de universalidad en el sentido de que está abierta a todos los Estados, pero a diferencia de otros Tratados, así los relativos a los propios de Derechos Humanos, el **art.120** del Estatuto no admite reservas.

En cuanto a su “complementariedad” (subsidiariedad) con las jurisdicciones nacionales es criticada por **GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO, (2000).**“Los condicionamientos políticos y limitadas competencias del TPI” REDEM n.75, Vid.125 y ss). Afirma, abundando en la naturaleza del “crimen contra la humanidad” expuesta por **CARRILLO SALCEDO** –me remito a la nota 6 de su aludido comentario-, (1) que es un principio que pervierte la filosofía del TPI y que se crea al ignorar la finalidad de respuesta del D.I y de la Comunidad Internacional a unos crímenes que le afectan “*a toda ella*” –la cursiva es propia-, no solo a los ciudadanos de un Estado o familia de la víctima. (2) También cree que su jurisdicción debería ser exclusiva y no complementaria desde la óptica de que un TPI es la única salida que les evite a algunos Estados la presión que ciertos delitos (vga. el narcotráfico) generan en sus tribunales internos. (3) Ese principio esconde el de “subordinación”: si concurren jurisdicciones (TPI y nacionales), **a diferencia del caso de los TPIY**

De acuerdo con sus características y a la descripción que hace de ella la doctrina¹⁰³⁸, el TPI se define como *el órgano jurisdiccional internacional de carácter permanente establecido mediante un instrumento convencional para disponer una solución judicial, en conformidad con su jurisdicción y competencia, a los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto (core-crimes). El método simulatorio que seguiremos será práctico, el que germina del “banco de pruebas de fuego real” que constituyen las Misiones de Paz, pero sin olvidar, por supuesto, la doctrina y la referencia de antecedentes no menos importantes: los sabidos principios jurisprudenciales de los Tribunales Ad Hoc de Nüremberg y Tokio¹⁰³⁹, la ExYugoslavia y Ruanda¹⁰⁴⁰. Es decir, la senda que seguiremos será la solapada aplicación a la jurisdicción imaginada del TPI de casos situacionales pretéritos.*

XX.I.2. Antecedentes históricos

Se exponen en nota aparte¹⁰⁴¹.

y TPIR, las nacionales se imponen. Por último, (4) resulta a su juicio muy criticable que incluso Estados no partes (esos que el Estatuto describe como los que “*ejercerian normalmente la jurisdicción...*”) puedan bloquear el funcionamiento de la Corte, y especialmente sangrante sería el que un Estado “Parte” en el Estatuto remitiese un asunto para que el TPI lo conociese y su jurisdicción no fuese posible porque un Estado “no Parte” la asumiera.

¹⁰³⁸ Definición de **ACOSTA ESTÉVEZ, JOSE B.** (2000) “*La estructura organiza y la composición personal de la CPI*”. *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Cap.V. P. 201. Premio Rafael Martínez Emperador. 1999. CGPJ. Madrid. Para comentario de características puede verse además a **YAÑEZ BARNUEVO, J.A** (2000), “*El estatuto de Roma como Tratado y la CPI como institución*”, pp.150 y ss en Cap.III *La criminalización...* Sobre un certero comentario de su jurisdicción *vid. MÁRQUEZ CARRASCO, MARÍA DEL C.* (2000). “*Alcance de la jurisdicción de a CPI: Jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables*”. P.366-379. *La Criminalización de la barbarie: la CPI*. Cap.X. Premio “Rafael Martínez Emperador. 1999”. CGPJ. Madrid..

¹⁰³⁹ Un conciso y completo comentario a las críticas sobre ellos lo podemos encontrar en **PIGNATELLI Y MECA. F.** (2003) *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Antecedentes y textos complementarios, MINISDEF, edición de Marzo. Pag.12 tercer párrafo. También señala (en p.13) sobre el TPIY que al tener fijado el *dies a quo* (1 de enero de 1991), no así el *dies ad quem* (a determinar por el Consejo de Seguridad una vez restablecida la paz), ello le permite, por ejemplo, someter al conocimiento del aludido órgano jurisdiccional los hechos acontecidos en Kosovo.

¹⁰⁴⁰ La *ExYugoslavia y Ruanda* fueron conflictos internos. La ampliación del principio de responsabilidad penal del individuo a ese tipo de conflictos la han favorecido sus estatutos y jurisprudencia, que la han establecido de forma expresa para el caso de violaciones del art.3 común a los cuatro Convenios de Ginebra así como el Protocolo Adicional II. Paradigma de esta ampliación es el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Para una crítica comparada entre todos estos Tribunales y en relación al TPI *vid. PELÁEZ MARÓN, J.MANUEL* (2000) *La Criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*. Premio Rafael Martínez Emperador. 1999. CGPJ. Madrid. 2000. “*El desarrollo del Derecho Internacional en el siglo XX.*” Pp.89-136.

¹⁰⁴¹ Vid. Anexo I.

XX. II. Supuestos de estudio

Son producto de experiencias propias en misiones realizadas. Las *situaciones* expuestas son tres, a saber:

Primero: *Los desórdenes públicos (tipo huelga) y el abandono de un bebé*¹⁰⁴².

En **Bosnia i Herzegovina**, en fecha [...], se tuvo conocimiento de hechos donde armas de fuego fueron tumultuariamente esgrimidas y disparadas en manifestaciones locales.

Segundo: *El caso de un civil iraquí apuñalado y el de un prisionero de guerra tiroteado*¹⁰⁴³.

En **Iraq**, en fechas de [...], a bordo del Buque Anfibio de Asalto (B.A.A.) "Galicia" atracado (con alto y siempre visible pabellón español) en el minado Puerto de *Umm Qsar*, se instruyeron ocho atestados por causa de fallecimiento de población civil iraquí, de los cuales sólo uno, en fecha [...], presentó evidentes muestras de muerte violenta en las cercanías de la citada población; en concreto el finado aparentaba ser víctima de un claro homicidio o asesinato (en su caso) por apuñalamiento en diversas partes del tórax. Significar el detalle -que no debe de pasarse por alto- de que tal acontecimiento criminal ocurrió en un momento muy recientemente "postbélico" de una zona concreta de aparente¹⁰⁴⁴ vacío de poder, hasta entonces ostentado por la Potencia (británica) ocupante; por lo que ante la ausencia del gobernador británico el reciente Juzgado iraquí constituido de *Al Zubayr* (Sur de *Basora*), si bien a su Juez titular se le puso en conocimiento verbal de las prevenciones del atestado instruido sobre la *notitia criminis*, al querer imponer sus condiciones de investigación *policial* iraquí en el B.A.A Galicia atracado en el Puerto de *Umm Qsar* de ningún modo fueron aceptadas por parte

¹⁰⁴² *Bosnia i Herzegovina*. SPAGT XVII de SFOR integrada en la División Salamandra. Operación OTAN *Joint Guard*. En este caso la amenaza de espiral de violencia generada en los alrededores de la "Plaza de España" de *Móstar*, dirigida inclusive a la fuerza multinacional de Paz allí presente, no impidió que la neutralidad propia de su mandato evitara enfrentamientos solo apaciguados mediante la previamente reglada actuación en Derecho de los antidisturbios del Grupo Táctico del contingente español, algunos de los cuales, sin embargo, tuvieron también que hacer un forzoso uso de disparos al aire; después serían denunciados por algún personal de la población civil afectada de haber causado *daños* en sus bienes (pisos, fachadas y muebles), motivándose con posterioridad las pertinentes reclamaciones de los perjudicados. Por otro lado, sabiendo (cierto sector de la población gitana de *Mostar* que solía vivir en cercanías de la disuelta "Base España") del suministro médico-sanitario que se facilitaba por nuestro contingente, un día de fecha [...] el servicio de S3 y de botiquín, el contingente español tuvo que dar cuenta del posible abandono por sus padres en la puerta de entrada a la Base de un bebé al que la más absoluta indignancia de la triste vida de aquéllos les había llevado hasta allí para que lo cuidaran. Se hizo entrega del niño a la policía local de *Mostar* para que lo llevara al orfanato o asistencia social municipal.

¹⁰⁴³ *Iraq*. Unidad mixta del Ejército de Tierra (UMIX-ET) integrada en la Fuerza Conjunta de la Operación No OTAN *Sierra Juliette*, embarcada en el Buque Anfibio de Asalto Galicia.

¹⁰⁴⁴ Si bien el gobernador británico había cesado podía entenderse que quedaba la autoridad sustituta en funciones del Regimiento de Infantería británica del "Duque de *Wellington*".

española principalmente por dos razones: La primera porque se sospechaba que su ley era sólo la religiosa (*Charia*) y no la dimanante de los estandarizables derechos humanos; y la segunda porque sería confundir el lugar de una inmune asistencia sanitaria humanitaria por parte de *España* (a nuestro juicio territorio soberano español por la ley del pabellón del Buque a pesar de que no estaba en Alta Mar) con el verdadero del día de autos en las afueras de *Umm Qsar* -desde donde el moribundo fue llevado¹⁰⁴⁵ en ambulancia al barco-, lugar donde junto con el auxilio de la real potencia ocupante, la oficina central de información y servicio de tumbas, o incluso con el Comité Internacional de la Media Luna Roja (CICR), se debía efectivamente investigar sobre la base del **art. 42 y ss.** del Reglamento *sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899* y de que en materia de soberanía la cláusula de cierre del sistema jurídico internacional (“*ad securitatem suam convenientia*”) usada por **FRANCISCO DE VITORIA** (*Relectio de Indis*, 1538), en el Derecho Internacional clásico, ya en sus relaciones con “los indios”, se entendió que las prevenciones del atestado a entregar a un Juzgado y que se hubieran podido realizar no era obligado entregarlas hasta que hubiera en su caso un requerimiento al efecto de la autoridad territorial definitivamente competente, autoridad que estando en una situación de ocupación *británica* podía discutirse.

Asimismo, en el famoso *Campo de Prisioneros de “Camp Bucca”*, en pleno desierto y a unos veinte Km del puerto de *Umm Qsar*, prácticamente en similares fechas al hecho anterior ocurrió que, delante del asentamiento de las instalaciones del equipo médico avanzado del Ejército de Tierra (EMAT) español, un iraquí prisionero de guerra que intentaba escapar fue mortalmente disparado por un componente de la policía militar *norteamericana*; prácticamente a raíz del impacto de tal suceso (investigado de inmediato por el Cuerpo Jurídico Militar *norteamericano*) la misma Compañía de Infantería española de NBQ de la Unidad Mixta del Ejército de Tierra (UMIX-ET), **que hacía función “protectora a la unidad española sanitaria” (fijarse que no “de custodia del prisionero”)**, se planteó -en cuanto a su castrense deber de obediencia- *hasta dónde llegaba el alcance de la orden verbal del Mando dada al respecto; es decir, si la vigilancia para su protección de los prisioneros heridos asistidos por el EMAT incluía o no un mandato en Derecho también de su custodia, así como, por parte del servicio médico y sanitario español citado, cuál sería el grado de derecho a la intimidad de sus pacientes humanitariamente atendidos y de la consiguiente extensión de protección de sus datos.*

¹⁰⁴⁵ Hasta por cumplir ante todo con la misión de socorro se corrió el riesgo de trasladar cadáveres en ambulancias. Al final el mando, con buen sentido, ordenó que se utilizaran vehículos alternativos (se acondicionó un “*hummer*”) de índole más operativa y ante el estado de algunos “pacientes”. Además, el buque *Galicia* no es un buque-hospital. Su propio quirófano podría quedar “en cuarentena”.

Tercero: *Los problemas del camuflaje y el atentado a personal y bienes de Misiones*¹⁰⁴⁶.

XX.III. Contextos y umbrales jurídicos de los supuestos expuestos

Contexto es el conjunto de circunstancias que rodean una situación y sin las cuales no se puede comprender correctamente, mientras que *umbral* es el comienzo o primer paso de un proceso.

CONTEXTOS: Antes que de umbrales, quizá debamos hablar previamente de contextos¹⁰⁴⁷.

¿Cuál sería su Derecho aplicable?

A) El Derecho de los conflictos armados. El primer (*Bosnia*) y tercer (*Afganistán*) supuestos apuntados no ofrecen duda del legal recurso a la fuerza en Misiones de Paz bajo el auspicio del *Cap. VII de la Carta de San Francisco (art.41)*. En estos ejemplos existió la autorización del Consejo de Seguridad por Resoluciones (así la 827 y 955) expresas al respecto. Así figura también en los *Acuerdos de Dayton*¹⁰⁴⁸ y *Bonn*¹⁰⁴⁹ respectivamente. Sin embargo, mucho se ha debatido para *el caso de Iraq*. En cualquier caso, siendo ambiguo que la famosa Resolución 1441 del citado organismo onusiano amparase o no la intervención española -en todo caso siempre ceñida a la finalidad estrictamente humanitaria-, lo cierto es que tras la *Reunión de las Azores* la orden de misión militar encomendada a las Fuerzas Armadas (FAS) españolas comenzó siendo acatada *in itinere* desde *España* (salidas desde *Rota, Valencia y Torrejón*), esto es, estando vigente y recientemente desarrollado un conflicto armado internacionalmente vivo, es decir, sin deposición ninguna de las armas por las dos partes enfrentadas¹⁰⁵⁰. Sólo ese

¹⁰⁴⁶ *Afganistán*. ASPFOR VII de la Operación OTAN Libertad duradera (*Enduring freedom*). En **Afganistán** ya vimos en Capítulo anterior esta incidencia y toda la problemática que encierra el enmascaramiento y “camuflaje”, pero por otro lado, se significa que el día [...] el campamento de “*Camp Warehouse*” de *Kabul*, asentamiento de tropas de ISAF, fue de nuevo -al menos por segunda vez- atacado con un cohete de marca china de 107 mm que, si bien hizo activar la situación de alarma en refugio de “búnker”, en este caso solo causó un herido alemán y daños materiales en la zona rumana, esto es, a unos cincuenta metros de la española del interior del campamento internacional de Fuerzas de ISAF.

¹⁰⁴⁷ Antes que de umbrales, quizá debamos hablar previamente de contextos, por lo que a nuestros efectos es preciso preguntarnos: *¿Cuál sería su Derecho aplicable?* Hemos de tener en cuenta que, como dice **DÍEZ SÁNCHEZ, J.J.** (1990). *El Derecho penal Internacional* (ámbito espacial de la ley penal), Ed.Colex, Madrid, p.15, “(...) solo una vez definido el tema de cuál es la ley penal aplicable, viene a colación determinar los Tribunales que han de aplicarla. Ciertamente que en materia penal la competencia judicial y la extensión espacial de la ley penal aparecen, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del ordenamiento, íntimamente unidas, de modo que los Tribunales únicamente aplican su propia ley (...)”.

¹⁰⁴⁸ Acuerdos de *Dayton* de Noviembre de 1995 y sus Apéndice y Anejos del Acuerdo Marco General de Paz (BiH).

¹⁰⁴⁹ Acuerdos de *Bonn* de 5 de diciembre de 2001 donde la Autoridad afgana interina da la bienvenida a la Res.1386 C.S ONU.

¹⁰⁵⁰ *A sensu contrario* art. 2. común de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

dato ambiental quizás hubiera bastado para no tener duda del régimen jurídico que a la fuerza española conjunta desplazada (La Armada, Infantería de Marina, ejército de tierra -E.T- y del aire -E.A-) le era aplicable; pero incluso atendiendo al dato de la naturaleza *humanitaria* de la misión encomendada creemos que también: con arreglo al *art. 20 de la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado*, de 9 de noviembre de 1994 –en adelante C.94-, nada de lo dispuesto en ella se entiende que deba de afectar a la aplicabilidad del *Derecho Internacional Humanitario* respecto a la protección de las operaciones de *Naciones Unidas* y de su personal, ni a la responsabilidad de ese personal de respetar ese Derecho.

Es decir, en todos y cada uno de los supuestos –también el primero y tercero-aquí planteados, es dable proceder a la aplicación del Derecho de los Conflictos Armados. Desde la fecha¹⁰⁵¹ de adhesión del Reino de *España* a esa Convención, no hay inconveniente para aplicar el Derecho de la Guerra incluso a supuestos de operaciones de mantenimiento y no sólo de imposición de la Paz, más si cabe cuando en el propio Estatuto se encuentra tipificado como crimen *de guerra* el ataque al personal de misiones de Paz¹⁰⁵². Por otro lado, respecto de la política española demostrada las autoridades momentáneamente locales de ese territorio iraquí, entonces ocupado, podían cabalmente pensar por su parte que al no tratarse tampoco de una operación ONU la anterior Convención no les sería invocable. Es más, aun en el supuesto de considerarse operación ONU, el ámbito de aplicación del art.2 de la C.94 estipula que para los supuestos de aplicación del *Cap.VII de la Carta* Aquélla no se aplica, sino que se aplica el Derecho relativo a los Conflictos Armados Internacionales. Era más plausible pensar, por tanto, que

¹⁰⁵¹ Instrumento de ratificación de 11 de diciembre de 1997. Publicado en BOE de 25 de mayo de 1999, núm. 124. Entró en vigor en enero del 2000. La fecha de su depósito fue el 13 de enero de 1998.

¹⁰⁵² Entre el hallazgo doctrinal que creemos que comportaría la defensa de esta postura se encontraría **GUTIÉRREZ ESPADA, C.** (2000).REDEM núm.75. Ob. cit. p. 137, al afirmar que "(...) habida cuenta de que las fuerzas de las *Naciones Unidas* realizan normalmente su labor en zonas de conflicto armado, ya están protegidas por las normas relativas a la población y personal civil de los Convenios de *Ginebra* de 1949 y sus Protocolos complementarios de 1977; el Estatuto de *Roma*, ... , lo reconoce así, pues acepta incriminar "*dirigir intencionadamente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*", pero no como crimen autónomo sino en el seno (recogiendo una propuesta de la Delegación de *España* en la Conferencia de *Roma*) de la figura del crimen de guerra, y supeditando la incriminación de esos ataques a que esas personas o bienes "*tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetivos civiles con arreglo al Derecho Internacional de los conflictos armados*"(art.8.2.e.iii), con lo cual excluye aquellas situaciones, *que también se dan*, en las que las fuerzas o personas de *Naciones Unidas* se impliquen o tomen parte en las hostilidades"[las cursivas son nuestras]. Cita además este autor una circular del Secretario General de *Naciones Unidas* sobre el "*Respeto del Derecho Internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas*", a su vez comentada por **CONDORELLI** (1999) (doc.: ST/SGB/1999/13, 6.VIII.1999). Vid. CONDORELLI (1999) para su comentario: "*Le azioni dell'ONU e l'applicazione del Diritto internazionale humanitario: Il bollettino del Secretario Generale del 6.VIII.1999*", *Revista di Diritto Internazionale*, LXXXII (1999), n.4, pp.1049-1053.

dichas autoridades iraquíes locales considerasen que la forma española allí de operar, detrás de la línea del frente –de cualquier forma que fuese-, no era más que un modo al fin y al cabo de *combatir* (acto extremo de obtención de ventaja militar en cualquier despliegue de tal naturaleza) y hasta cuya licitud no podía ponerse ni siquiera en duda porque, paradójicamente, si bien no con respecto a la finalidad de su misión encomendada, sí que con arreglo al Derecho consuetudinario de los conflictos armados el sólo hecho de ayudar no está aún hoy de hecho prohibido: así se puede deducir, *a sensu contrario*, de la existencia del precedente de la orden alemana de 18 de octubre de 1942 por la que se ordenó *exterminar* a unos comandos en retaguardia, orden que sí fue *juzgada* como un delito *de guerra*. Dicho de otra forma, desde luego no les cabría a las autoridades locales iraquíes que los españoles allí que fuesen “neutrales” sino cuando menos sólo “no beligerantes” ayudantes de los EE.UU. En suma: se debía pensar que en ese conflicto la fuerza española allí desplazada era, desde luego, *un legítimo objetivo militar atacable*¹⁰⁵³.

B) El Derecho local: (lex loci delicti comisi) Es aquí donde, en la realización del ejercicio aplicativo del Derecho islámico previsto por el Estatuto de *Roma* (la famosa “*Ley Sharia*”), puede ser problemática por su notoria inflexibilidad en las penas a veces dispuestas y pretiriendo cualquier respeto a los derechos humanos¹⁰⁵⁴. Como nos aconseja retener **CORRAL SALVADOR, C**¹⁰⁵⁵, los derechos humanos son únicamente reconocidos por los islámicos dentro de la ley

¹⁰⁵³ Además, tampoco hay que olvidar, en palabras de **DAGUZAN, J F** (2003) -Investigador de la Fundación de estudios estratégicos de París, en X Curso Internacional de Defensa que tuvo lugar en Jaca, 16-20 de septiembre del 2002, bajo el título de “*Terrorismo Internacional en el siglo XXI*”. MINISDEF. Marzo.2003. Su ponencia “*El terrorismo radical islámico*”. Mimeografiado. P.146.- que si se habla *desde el punto de vista del estudio del terrorismo radical islámico*, y tal como ha demostrado el 11-S, “*el Corán facilita el pasar a la acción porque los que mueren por la fe tienen acceso directo al paraíso, mientras que el suicidio está condenado. Hay que ver la distinción; la cátedra jurista islamista en Qatar ha dado una jurisprudencia sobre atentados suicidas [la negrita es propia] precisando que el que comete un atentado suicida a título individual es suicida, el que ataca a objetivos militares muere por la fe. Se pregunta si era lícito o no el acto del 11-S, puesto que no es un acto suicida individual ni un acto militar. Hemos visto una emisión de televisión que considera que los actos contra Israel eran lícitos, mientras que los atentados del 11-S eran ilícitos porque no eran atentados militares. Este debate de la cuestión en el mundo islámico, no impide sin embargo el análisis que ha sido hecho por ellos mismos; estos tipos de acciones se han considerado como perfectamente operativos [la negrita es personal]. De ahí los 3.000 muertos que hubo en los atentados del 11-S. Es lo que convierte el terrorismo islámico moderno en muy peligroso, en la medida en que tiene gente dispuesta a dar su vida por su causa; es muy difícil pararlos porque es muy fácil pasar a la acción y concluirla*”.

¹⁰⁵⁴ Vid. Anexo I.

¹⁰⁵⁵ **CORRAL SALVADOR, C.** (2003) Catedrático de Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense. “*Fundamentalismo y religión*” en X Curso Internacional de Defensa. Jaca. 16-20 de septiembre del 2002. MINISDEF. P. 37 *infra* y 46 *infra*. En el mismo texto puede también completarse la exposición que hemos realizado en la nota 45 sobre el islam, concretamente en sus pp. 32 y 33. También en **SÁINZ DE LA PEÑA, JOSÉ A.** (1995), en MARQUINA A y BRAUCH G., (Eds.) “*Confidence building and Parneshift in the Western Mediterranean*” (Madrid, UNISCI Papers), pp.245-256.

interna, que según la Declaración islámica de 1981 publicada por el “*Consejo islámico de Europa*”, es toda *la Charia* en su conjunto. Ahora bien, *la Charia* limita los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en aquellos ámbitos específicos que precisamente se refieren a la libertad de religión, a la libertad de expresión y a los derechos de la mujer.

UMBRALES: Visto que, de acuerdo con el propio Estatuto (**art.21**), el Derecho que un militar español debiera de aplicar a esos supuestos (mejor dicho: “*situaciones*”) sería el dimanante del propio Estatuto y, más que probablemente, el de los principios del Derecho de los conflictos armados antes que los dimanantes del Derecho local en su caso aplicable, hemos de tener en cuenta que si la competencia material del TPI lo es para conocer de (1) crímenes “**de genocidio**”, (2) “**de lesa humanidad**”, (3) “**de guerra**” y (4) “**de agresión**”, por lo que hace referencia al segundo y tercero se exige un *elemento subjetivo del injusto* ante otro que lo es *normativo del tipo*: el conocimiento por parte del autor de que los hechos se cometen “*como parte*” de un ataque “generalizado o sistemático” contra una población civil, entre los que pudieran caber los ataques terroristas, para caso “de lesa humanidad”; o, para caso “de crimen de guerra”, entre los que también cabrían los ataques terroristas propios de ella siempre que fueran cometidos por personal militar contra población militar, que “*forme parte o se lleven a cabo en desarrollo de*” un plan o política dirigida a su comisión o se inserte en un proceso de su comisión a gran escala. Con sujeción a la premisa comentada de su umbral resulta, *a nuestro juicio*, lo siguiente en relación con **los problemas jurídico-operativos de los modelos casuísticos comparados**:

XX.III.1. En Bosnia, Primer supuesto

Que la gravedad del primer supuesto relativo a *Bosnia*, *el de la manifestación*, salvo el ataque a los miembros que estaban realizando una misión de paz, la actitud por parte de éstos no merecería a nuestro juicio ser de tal importancia como para que, en su caso, hubiera de ser investigado por el Fiscal del TPI.

XX.III.1.1. Las manifestaciones similares a las huelguísticas y ciertas reclamaciones por daños extracontractuales

A tenor de los hechos expuestos, dentro del contexto de una lícita¹⁰⁵⁶ operación antidisturbios que pudiera estar enmarcada hasta dentro de otra más general de lucha antiterrorista entendemos que, si hubiese habido algún resultado penalmente reprochable a los soldados españoles puestos como ejemplo, en términos normales le serían aplicables los siguientes argumentos en favor de su defensa: (a) el resultado dañoso sería razonablemente calificable a título de mera imprudencia y no de dolo (ni siquiera eventual), ni de indicio sospechoso alguno

¹⁰⁵⁶ Vid. **art.8.3** Estatuto de Roma.

de una retorcida premeditación manifiestamente objetiva en virtud de la teoría penal de la *actio libera in causa*; (b) quizás, desde el punto de vista anterior de la antijuricidad, hacerles responsables -todo lo más- de un desvío causal involuntario en la trayectoria del proyectil (*aberratio ictus*); así como que, (c) de acuerdo con la letra f del art.8.2 del Estatuto de Roma, trasunto al art.9.1 del II Protocolo Adicional, en cualquier caso hay que entender que *los motines, rebeliones o disturbios interiores, actos esporádicos y aislados de violencia* no dan pie a que la actuación de los Estados que los reprime se considere como uno de los crímenes de los allí tipificados. Se trataría así de un hecho penalmente atípico en la medida, subrayada por **RODRÍGUEZ VILLASANTE**¹⁰⁵⁷, de que -como ocurre en muchos otros casos tipificados por la normativa de los conflictos armados- tales circunstancias conforman un juicio valorativo propio de *un elemento normativo negativo del tipo*, es decir, son atípicos y hacen ocioso tener que recurrir a las circunstancias eximentes del art.31 del Estatuto para proceder a una absolución o, en su caso, a una excusa absolutoria de naturaleza político-criminal u oportuna. En relación con la dificultad de saber si se está ante el contexto de un conflicto armado internacional o no, o la delimitación de estos últimos conflictos *desestructurados*¹⁰⁵⁸ (y no sólo de guerra civil) con respecto a las formas menores de violencia que aquí estamos glosando, **SCHINDLER**¹⁰⁵⁹ afirma que la práctica ha ido estableciendo ciertos criterios de diferenciación. En síntesis, se ha venido exigiendo para la determinación de un Conflicto Armado Internacional el que se den las siguientes circunstancias: que el gobierno necesite hacer uso de sus fuerzas armadas -y no meramente de la policía- contra los insurgentes, que las hostilidades tengan carácter colectivo, que los insurgentes exhiban un mínimo de organización, y que cuenten con un mando responsable capaz de asegurar el cumplimiento del mínimo humanitario exigido. Creemos que, de acuerdo con la normativa de los conflictos armados, habría de apreciarse, además, para considerarlos como tales, *y aquí estaría la clave de la diferenciación*, una situación

¹⁰⁵⁷ Vid. **RODRÍGUEZ VILLASANTE** (2000) "*Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*". REDEM 75, p.427 *ut supra*.

¹⁰⁵⁸ El Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR- ("*Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado*". Documento preparatorio del CICR para la primera reunión periódica sobre el DIH. Ginebra, 19-23 Enero 1998.) distingue en este tipo de conflictos unas características esenciales y otras que no lo son. Las primeras son: la desintegración de los órganos del Gobierno Central, que ya no es capaz de ejercer sus derechos y obligaciones sobre su territorio y su población; presencia de numerosas facciones armadas; control fragmentado del territorio estatal y desintegración del orden jerárquico de las diferentes facciones y en sus milicias. Entre sus características no esenciales -y no privativas de un conflicto "*desestructurado*"- el CICR destaca las siguientes: las partes en conflicto eluden su responsabilidad en relación con una reglamentación del uso de la violencia, lo que conlleva a menudo violaciones repetidas y graves del DIH; el régimen económico de cada facción es, en su mayor parte, autárquico y, por lo tanto utilizan el bandillaje (*ali babas*); posibilidad, para grupos criminales, de aprovecharse del caos para sus propios fines. El caso de la guerra de Siria podía ser un ejemplo.

¹⁰⁵⁹ **SCHINDLER** (1979) "*The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols*", RCADI, 1979/II, vol.163, p.147; también **MANGAS MARTÍN, A.** (1992), *Conflictos armados internos y D.I.H.*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, p.67.

prolongada de esos requisitos y de ocupación en el tiempo y en el espacio. En el ejemplo bosnio puesto, esa situación no se da. El Tribunal Penal de la Ex Yugoslavia (TPIY), por otro lado, argumentó en el asunto *Dusko Tadic*¹⁰⁶⁰ que “*las leyes y costumbres de la guerra*” en el sentido del art.3 de su estatuto (1993) se refiere también a los conflictos armados *internos*, y, entre la práctica internacional que cita, señala desde la guerra (in)civil española (1936-1939) hasta los conflictos más recientes en *Somalia* y *Chechenia*. Es decir, violencias más graves que una simple “algarada”. Por otro lado, (d) independientemente de que la actuación del antidisturbios español en *Bosnia* (puesto como ejemplo) pudiera ser la correspondiente a la expectativa de una acción socialmente esperada por la Comunidad Internacional, sobre todo en el ejercicio efectivo del “cumplimiento de su deber” dimanante (sin extralimitación *ultra vires*) del claro mandato de su superior, en cuanto a que los daños en los bienes materiales sólo implican que debieran ser reparados por su causante, es en este último punto donde opinamos que los citados daños también debieran ser sufragados (en su caso) por los propios manifestantes en la medida en que pudiera quedar demostrada en el examen del Expediente por el *Oficial Instructor de daños* una relación causal (como mínimo) concurrente de “culpa mutua” (concausa de culpa) y no exclusiva de producción de aquéllos: siendo en cualquier proceso de índole colectiva la primera condición una “*causa de la causa del mal causado*”, así pudiera considerarse que lo es, si no ella en sí misma, sí *la clase probablemente agresiva* de la convocatoria de los manifestantes y la de la asistencia posterior *de todos* sus partícipes, sobre todo cuando tratándose de actos vandálicos propiciados por agentes terroristas no sólo no los condenan sino que los ejecutan. En la mayoría de supuestos, así como en virtud de la *presunción de inocencia* con que en su actuar se le inviste a toda persona, también esa misma presunción podría entenderse que se predica del policía y del militar a través de la presunción *iuristantum* de la veracidad en sus atestados, esto es, que *salvo prueba en contrario* no suele haber ninguna “interrupción del nexo causal” o provocación alguna por parte de la Fuerza¹⁰⁶¹. La reparación del daño en la *Claims Office* está

¹⁰⁶⁰ Autoridad serbo-bosnia a quien se le formularon graves cargos por sus acciones en la región de *Prijedor* y los campos de detención de *Keraterm* durante la guerra de Yugoslavia. *Tadic* fue arrestado por la policía alemana en *Múnich* en 1994. El *Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia* encontró a *Tadic* culpable de 12 de los 34 cargos formulados, a los que previamente se había declarado inocente de todos ellos. *Dusko Tadic* fue condenado a 20 años de prisión tras no mostrar ninguna señal de arrepentimiento por sus actos y “*no haber cooperado de ninguna manera relevante con el Fiscal del Tribunal*”, aunque en la apelación de la sentencia fue encontrado culpable de más cargos. La pena es cumplida actualmente en *Alemania*.

¹⁰⁶¹ Incluso en países pacíficos o pacificados donde ocurren semejantes hechos las reglas de experiencia propias de la *sana crítica* dicen que quien va a ese tipo de reuniones (por supuesto en las ilegales) individualmente no deja de asumir en el fondo (*actio libera in causa*) un cierto riesgo de su sobrevenida deriva político-violenta, pero no generalmente del resultado; de lo que se sigue que, no a efectos penales para los casos de imprudencia (debido al denostado principio “*versari in re illicita*” sobre atribución objetiva del resultado), pero sí de la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados, salvo prueba en contrario se puede aplicar una *imputación automática*

articuladamente prevista en los Acuerdos de Dayton y sus Anexos, pero si el error es grave y manifiesto incluso a nivel ya judicial, por lo que a la materia indemnizatoria se refiere, debería quedar claro y bien determinado en las *Reglas de Procedimiento y Prueba* –tal como manifiesta la Asesoría Jurídico General del Ministerio de Defensa en su *Informe de 1999 sobre el Estatuto de Roma, aunque para los casos de detención ilegítima o error judicial-* que la facultad discrecional de que goza la Corte lo es para apreciar o no, según su criterio, “*la existencia de hechos concluyentes que muestran que hubo un error judicial grave y manifiesto*”, como dice el art.85.3, mas no en cambio para otorgar o no, libremente, en tales casos una indemnización, una vez determinada la existencia de un error judicial grave y manifiesto; *esto último podría tal vez aparecer contrario a los dictados del art.121 de nuestra Constitución, donde se determina que los daños causados por error judicial darán derecho a una indemnización*, por lo que debiera de arbitrarse un sistema de su solución si ese problema de injustificado impago se diera en su caso, así el posible planteamiento de una cuestión incidental de inconstitucionalidad o, incluso, de un recurso de amparo constitucional en último término, dada la “*especial transcendencia constitucional*” de dicho precepto del estatuto de la CPI por carecer, por ejemplo, de jurisprudencia concreta al efecto.

XX.III.1.2. La transcendencia penal de la condición profesional o no del soldado y la obediencia debida, el cumplimiento de un deber, el miedo insuperable o el presupuesto social de una actitud distinta a la esperada socialmente

*Otra cosa es el supuesto donde una orden de disparo (“¡Shoot to kill!”) fuese “ultra vires” por incluir su efecto de matar; esto es, contraria a las leyes y usos de la guerra o constituyese delito, es decir, aquellos casos donde la obediencia debida no cabe como tal por tratarse de **una orden “manifiestamente ilegítima”**:*

Calificación de la conducta por quien da la orden Respecto a la naturaleza de toda “orden”, nos alineamos con **KAI AMBOS**¹⁰⁶² cuando afirma que es un acierto del Estatuto su mención como una forma de participación por quien la da, participación que sea cual sea su forma es equiparable a la autoría ejecutiva. Después de citar a los TPIR y TPIY en los *casos Akayesu*¹⁰⁶³ *y del Campo*

a los participantes, *sobre todo, si está demostrado el porte de arma de algún manifestante o piquete.*

¹⁰⁶² *Individual criminal responsibility*, en Comentary on de Rome Statute; p.480. Vid. Nota 66 **RODRÍGUEZ VILLASANTE**, J.L (2000).Ob. cit. , p.403.

¹⁰⁶³ **Constituye un hito mundial al ser considerada la primera condena internacional por genocidio y la primera en reconocer la violencia sexual como actos constitutivos de genocidio.** El Tribunal Penal Internacional para *Ruanda*, creado el 8 de noviembre de 1994, declaró a un acusado culpable de violación por no haber impedido ni detenido una violación en su calidad de oficial, y no por haberla cometido personalmente. El Tribunal consideró que la violación constituía tortura y que, dadas las circunstancias, la violación generalizada, como parte de unas “medidas dirigidas a impedir nacimientos dentro del grupo”, constituía *un acto de genocidio*. Jean

*Celebici*¹⁰⁶⁴ respectivamente, concluye que las órdenes del art.25.3.b) complementan el art.28: En el último caso se trata de una culpabilidad por omisión y en el supuesto de la orden de comisión de un crimen el superior es culpable por haberlo ordenado. Concluye que la primera alternativa del subpárrafo b) en realidad integra una de las formas de perpetración prevista en el subpárrafo a), siendo una forma de comisión por “*conducto de otro*”. Es decir, entendemos que hay una autoría “*directa*” y otra “*mediata*”.

Calificación de la orden por quien la ejecuta Por otro lado, ***se plantea la discusión doctrinal sobre si hay eximente o atenuante por el que ejecuta***¹⁰⁶⁵ ***una orden manifiestamente ilegítima, y en caso afirmativo, cuál o cuáles intervendrían***. Téngase en cuenta que el **art.31** del Estatuto establece un *numerus apertus* y no cataloga expresamente las eximentes, por lo que hay que acudir

Paul Akayesu, antiguo alcalde de la ciudad ruandesa de *Taba*, fue arrestado en *Zambia* el 10 de octubre de 1995 y fue transferido a la Unidad de Detención del Tribunal en *Arusha* el 26 de mayo de 1996. El juicio comenzó en junio de 1997 y el 2 de septiembre de 1998 la Cámara Procesal I lo encontró culpable de genocidio, incitación directa y pública a cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad. El 2 de octubre de 1998 fue sentenciado a prisión de por vida. *Akayesu* cumple condena a cadena perpetua en una prisión de *Malí*.

¹⁰⁶⁴ El **Campo de prisioneros de Čelebići** fue un centro de detención de prisioneros durante la guerra de Bosnia, utilizado por varias unidades del Ministerio del Interior de *Bosnia*, el Consejo de Defensa *Croata* y más tarde la Fuerzas Territoriales de Defensa *serbias*. El campamento fue primero utilizado para detener a alrededor de cien prisioneros de guerra *serbios* arrestados durante la operación militar destinada al desbloqueo de las rutas de *Sarajevo* y *Mostar*, en mayo de 1992, bloqueados por las fuerzas *serbias*. El número exacto de detenidos no se conoce ya que algunos prisioneros fueron intercambiados o transferidos a otras instalaciones. Cuando los *serbios* ocuparon el campamento, lo utilizaron también como prisión. Los detenidos en el campamento de los distintos bandos fueron sometidos a torturas, agresiones sexuales, golpes y tratos crueles e inhumanos. Algunos prisioneros fueron muertos a tiros o golpeados hasta la muerte. Según investigadores de Derechos Humanos, los prisioneros fueron alimentados en raras ocasiones, a pan y agua. Rara vez se podían bañar o lavar, dormían en el suelo, sin mantas, y muchos se vieron obligados a defecar en el suelo también. Los sobrevivientes *bosnios* y *croatas* manifestaron que los soldados *serbios* entraron en la base por la noche y golpearon a los presos con palos, a culatazos, con tablas de madera, palas y trozos de cable. Los investigadores dicen que en mayo y agosto de 1992, unos 30 prisioneros murieron por golpes y algunos otros fueron asesinados por los soldados. Varias de estas víctimas eran ancianos.

¹⁰⁶⁵ Asimismo, aprovecharemos a decir que, en cuanto a *los actos de ejecución, el Estatuto, al igual que nuestro CP vigente, no contempla la frustración*; parece también excluir la incriminación de la tentativa inidónea o *delito imposible*, ya que se exige la realización de “*actos que supongan un paso importante para su ejecución*”, y la impunidad de naturaleza político-criminal que conlleva *el desistimiento* en la tentativa (“*a delincuente que huye, puente de plata*”), ello –tal como afirma en juicio que nos fue personalmente expuesto por **RODRÍGUEZ VILLASANTE** - (2000). Ob. cit. pp.381-440., ante el silencio del Estatuto- sin perjuicio de la responsabilidad derivada de los actos criminales hasta entonces ejecutados. En cuanto a *las formas de resolución manifestada*, a juicio que nos fue personalmente expuesto de **RODRÍGUEZ VILLASANTE** (*Ibidem*), el Estatuto no las regula con fortuna en la medida en que, por su carga de antijuricidad, se trata de actos preparatorios que no deben de quedar impunes, sobre todo en casos como el de un terrorismo sistemático propio del crimen de lesa humanidad. **Así la conspiración (contubernio), que no la incrimina**. *La proposición* (invitar) solo la contempla al lado de la orden e inducción, mientras que *la provocación* (incitar) solo es castigable cuando lo es “*directa*” y “*pública*” respecto al genocidio (**art.18 y 615** de nuestro **C.P**), es decir, no cuando se trata de una *apología* de la ideología del genocidio (**art.607.2** de nuestro **C.P**).

también al **art.80** (procedimiento) del texto¹⁰⁶⁶ definitivo de las *Reglas de Procedimiento y Prueba*. Aunque a un *nivel internacional* la doctrina discrepa si la obediencia debida se trata de una eximente o una atenuante, de acuerdo con la *doctrina española*¹⁰⁶⁷, aunque no en los mismos términos tan absolutos, consideramos que siempre que la orden no sea manifiestamente legítima y bajo los esquemas del error de prohibición, según sea vencible o no, puede ser una eximente tan completa o incompleta como la de un cumplimiento del deber, de estado de necesidad, o de miedo insuperable, según los casos, para el soldado mediatizado. Nuestro matiz es que, bajo la óptica de un abogado, *particularmente creemos que la circunstancia de la condición profesional o no del soldado en esos casos podría tener consecuencias persuasivas ante la CPI ya en el ámbito justificativo de la antijuricidad o modificativo de su responsabilidad criminal, y no tanto en el de la punibilidad*¹⁰⁶⁸. Sin embargo, no se sabe con qué garantías de éxito, a efectos de una posible defensa de un acusado se podría argüir que *la profesionalidad o la conscripción en el sistema de reclutamiento, y, por tanto, según de qué FAS estuviéramos hablando, podría influir en su distinto trato: sabemos por los casos Celebici y Aleksovski*¹⁰⁶⁹ en el TPIY, el concepto formal de “orden” en el Derecho Penal Internacional ha sido superado para abarcar los mandatos de estructuras *informales* de mando donde no existe un deber normativo de obediencia (no hay orden en sentido formal), pero hay fuerzas armadas jerárquicamente organizadas. Ese superior tiene un umbral de responsabilidad: sólo deja de ser responsable cuando “*de facto*” cesa en su control. Se le está así eliminando la obediencia debida al inferior. *De ahí la importancia a nuestro juicio*

¹⁰⁶⁶ **Documento Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1, de 12 de julio del 2000.** Las Reglas de Procedimiento y Prueba constituyen un instrumento para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *al cual está subordinado en todos los casos.*

¹⁰⁶⁷ **RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L** (2000).Ob. cit. pp.420 y ss.

¹⁰⁶⁸ La condición profesional o no del guerrero puede aportar matices no solo influyentes en la simple circunstancia personal a valorar en la pena, sino que tiene una carga de connotación político-criminal profunda que puede ser de gran utilidad incluso para la lucha antiterrorista integral, la que a la sazón, hoy, a un nivel jurídico simultáneamente se persigue. La calificación en uno u otro sentido de dicha condición puede conllevar en la estimación de una exención o de una atenuación, así como también el agotamiento de más responsabilidades personales posibles, y de todo tipo, en sus justos términos. Nos explicamos: Mientras que los Tribunales de *Nüremberg* y *Tokio*, los TPIY y TPIR y Proyecto de Código de crímenes de la CDI de 1996 solo la contemplan como simple atenuante, el **art. 33** del Estatuto de *Roma* admite, como hace parte de la doctrina española, la exención por *obediencia debida* cuando (1) haya *relación jerárquica*, (2) que *no se sepa la ilicitud* de la orden (error de prohibición) y (3) que *en todo caso no sea manifiestamente ilícita*. Si esto último no sucede *para caso de crimen de guerra* (que no de genocidio o lesa humanidad, con la crítica de parte de la doctrina al no haber considerado en este caso a la obediencia debida el mismo trato que a la lesa humanidad y genocidio sino tampoco, como máximo, un simple atenuante), así la duda que pueda existir sobre si determinados motivos para el traslado forzoso de población están o no autorizados por el Derecho Internacional, **RODRÍGUEZ VILLASANTE** (ob.cit.,pp.420 y ss.) admite *incluso* para ese supuesto la eximente de *estado de necesidad*, justificante (error invencible) o exculpante (error vencible); *esto por el “riesgo” que al agente le puede conllevar desobedecer.*

¹⁰⁶⁹ Un Comandante *bosniocroata* de prisión acusado de un Tratamiento ilegal de los detenidos en la zona del valle del *Lašva*, en *Bosnia y Herzegovina*, condenado a 7 años de prisión y que consiguió la libertad anticipada el 9 de febrero de 2000.

de la buena instrucción de soldados y mandos, profesionales o no, a los que, no es baladí, se les entrega un arma a cargo estatal y cuyo último responsable a un nivel internacional, esto es, en último extremo concatenal, debe ser el Estado, esto es, sus gobernantes. Así éstos tendrán que actuar con tantas garantías de acierto como la responsabilidad que les es socialmente por ello exigible. Esta última idea, desde luego, no es propia. Por otra parte, desde el punto de vista del mando – dada su posición de garante, de dominio del hecho o de atribución del riesgo omisivo equiparable a su causalidad activa-, militar o civil, se puede hacer acreedor de la autoría de un delito de comisión por omisión consuetudinariamente previsto desde *Nüremberg* si su iniciativa en la acción no parte de él y lo consiente o no ha hecho por saberlo, *único supuesto tipificado*¹⁰⁷⁰ por imprudencia culpable en el art. 28 del Estatuto de Roma.

En el caso de “lobos solitarios” se plantea la problemática de si tienen calidad de “inferiores”, si tienen a “superiores”, y si actúan o no por “obediencia debida”.

En síntesis, salvo las derivaciones hipotéticas vistas del *supuesto de la manifestación* entendemos que, en términos como los que fueron expuestos, sería encajable en una **cuestión de inadmisibilidad** como la prevista en el art.53.2.a (*no hay base de hecho o de Derecho*) o 53.2.b (*causa inadmisibile por no revestir el asunto gravedad suficiente*) del Estatuto de Roma, atípico y, por tanto, dejando abierta la vía de responsabilidad civil extracontractual por daños, con Resolución de simple archivo o sobreseimiento ya en la fase anterior incluso de la de tener que decidir si sería admisible una investigación preliminar. No haría falta llegar al *mecanismo de activación* de una investigación por el Fiscal del TPI. En la situación expuesta, además, por lo que al *caso ya del presunto abandono del bebé* se refiere, y sin perjuicio de que se diera aviso al Juzgado de Mostar y de dar orden de llevar al “crío” al orfanato y proceder a su asistencia social mediante el brazo vecinal de policía local, en relación al hecho en sí pudiera existir en su caso un estado de necesidad justificativo de la conducta coautora de los padres; pero se trata de un supuesto del que dudamos mucho que el TPI hubiera conocido ni remotamente del mismo porque, si bien se pudiera tratar en su caso de un “acto inhumano”, también lo es aislado y discutiblemente tipificable en la, por otra parte, dudosa taxatividad de legalidad plasmada en la letra k del art.7 del Estatuto. Ante este tipo penal en blanco, pues, de cláusulas residuales indeterminadas -tipo “*preámbulo de Martens*”- el TPIY, no obstante, ha señalado que su determinación resulta posible *por la vía de los estándares contenidos en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos*, cuya infracción,

¹⁰⁷⁰ La no prevención o reprensión de un jefe (civil o militar) con mando o control efectivo de los actos de sus subordinados le origina una responsabilidad que a modo de principio del Derecho Internacional consuetudinario (TPIY, **Prosecutor v. Delalic** -párr.370- y **Prosecutor v. Blaskic** -párr.301-) ya venía recogido en el **art.86** del Protocolo Adicional I, en el Proyecto de Código de crímenes de la CDI de 1996 y en el **art.7** TPIY y **art.6** TPIR.

dependiendo de las circunstancias, puede conducir a la comisión de crimen “*de lesa humanidad*”. Por otro lado, algún sector doctrinal como **H. VON HEBEL Y ROBINSON**¹⁰⁷¹ afirman que ese crimen incluso se puede llegar a identificar con un hecho individual o aislado, que se enmarque dentro de la existencia de un plan o política¹⁰⁷². Por otro lado, a pesar del juicio favorable que a **RODRÍGUEZ VILLASANTE**¹⁰⁷³ le merece la prohibición de la analogía y la consagración normativa del principio “*pro reo*” que contiene el art.22.2 del Estatuto, en el comentario que hace de este crimen “*de lesa humanidad*” del art.7.1.k) afirma que *parece apelar a la analogía* en la descripción de la acción típica (aunque no en los resultados incriminados: Causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental o física) pues allí se castigan “*otros actos inhumanos de carácter similar*”. Hay que entender que deben ser similares a los que describe el Estatuto en los restantes tipos de crímenes “*de lesa humanidad*” (art.7). Es verdad que aquí la analogía sólo completa la acción punible y no se extiende a las consecuencias (también típicas), pero hay una extensión analógica que es contradictoria con la terminante prohibición de la analogía establecida en el art.22.2. Luego aplicando estas consideraciones al supuesto visto, atendiendo al discutible criterio de la analogía proscrita por el Estatuto y, por tanto, que su gravedad como evento no sería tal como la de “un exterminio” o “un desplazamiento forzado”, por decir los tipos más intuitivamente aproximados, entendemos que sería atípico para el TPI.

XX.III.2. En Iraq, Segundo supuesto

En la situación descrita debemos diseccionar dos casos: la del iraquí traído al *buque Galicia* prácticamente muerto por apuñalamientos y el del prisionero de guerra iraquí muerto en intento de fuga:

XX.III.2.1. La dificultad de las eventuales autopsias y las aeronaves sanitarias

¹⁰⁷¹ Vid. Anexo I.

¹⁰⁷² **A nuestro juicio, no obstante, sería una cuestión de prueba a veces diabólica... si aquel Plan o aquella Política son clandestinas o anónimas más que públicas, que es lo que, por ejemplo, suele ocurrir en el terrorismo (“células”), la inmigración ilegal (patrones de “pateras”), la mafiosa delincuencia organizada (“buzones”), el narcotráfico (“camello”), y, no se olvide, en las luchas intestinas propias de todo colectivo, también, por tanto, en el mundo político oficial (mociones de censura encubiertas, corrupción y transfuguismo no delatado). Ocurre algo parecido al argumento que en su momento se hizo valer en Derecho español para erradicar la agravante de la premeditación. Por tanto, también hay que ser conscientes de que se corre el peligro de estar ante un “Derecho Penal de autor”. Puede que, paradójica y sibilinamente, el TPI solo se dirija contra todo Jefe de Estado o grupo no virtuosos (Dictadorzuelos, los pobres infelices no cabecillas de grupos armados, etc.), por serlo manifiestamente, o, en el extremo contrario, por inercia y con la misma notoriedad manifiesta, a los de las grandes Potencias o Grupos mundiales, no así el resto (*like minded*). ¿Habrá de juzgar así solo a famosos? ¿No se estará con ese sistema retroalimentando la clandestinidad propia de actividades ilícitas que pretendemos judicialmente sofocar?**

¹⁰⁷³ **RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L** (2000) Ob. cit. pp.393 in fine y 394.

1) Respecto al primero (*el apuñalado iraquí*) hemos de realizar las dos siguientes consideraciones: Una, la de advertir que la instrucción española de atestados por motivo de muerte de pacientes iraquíes a bordo del *buque Galicia* atendía al carácter (párrafo 7 del Manual de *San Remo* para la guerra marítima y art.43 del I Convenio de *Ginebra*, entre otros preceptos) más declaradamente *neutral*¹⁰⁷⁴ que se pretendía de la misión y no de *beligerancia*, toda vez que cabiendo dentro de la neutralidad la postura de no beligerancia, pese a no tomar parte en las hostilidades, sin embargo podía interpretarse no que no se ayudaba a ninguna (neutralidad pasiva pura y dura) sino que se ayudaba a “ambas” potencias enfrentadas (neutralidad activa o de no beligerancia), la ocupante y la ocupada, y no sólo a una (el caso este último ya manifiesto de beligerancia). Y la segunda, que el hecho de que bélicamente *España* no fuera una potencia “ocupante” por razón de la misión militar *Sierra Juliette*, no era impedimento para que a modo de prevención de un futuro atestado ese contingente español se limitase a documentar de forma diligenciada –tal como se prevé¹⁰⁷⁵- el certificado médico de defunción, dos declaraciones testificales preliminares en su caso, el levantamiento de acta de identificación (ficha dactiloscópica) y el inventario de efectos personales; no así tanto la realización de la *diligencia de autopsia*: Además de que no hubiera medios propios embarcados en el buque español atracado en *Umm Qasar*, también existía el riesgo de cuarentenas de epidemias al atender a pacientes iraquíes por causa de la guerra en un buque que lo era de tal clase y no un buque-hospital¹⁰⁷⁶; y, en segundo lugar, *la familia no solía pedirla* porque el propio pariente, acompañante de la ambulancia hasta su traslado allí, había sido testigo o sabía ya cuál era la causa del óbito, bien natural, bien producto de un accidente no ocurrido en el barco (por ejemplo, eran numerosos los “niños” electrocutados por coger valioso metal -había mercado negro- conformado por los cables de alta tensión caídos en el suelo como consecuencia del ataque en guerra a ciertas infraestructuras eléctricas-), *de forma que sólo en el caso de muerte violenta como la que aquí se contempla*, aunque sin constancia sabida de testigos, era a nuestro juicio procedente que, *por la autoridad competente del lugar donde se produjo su causa*, probablemente la ocupante, y nunca en el *buque Galicia*, fuera el lugar idóneo donde hubieran tenido que continuar las diligencias de su

¹⁰⁷⁴ Vid. FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L. (2001). *El Derecho de los conflictos armados. De iure belli. El Derecho de la Guerra*, MINISDEF, Madrid, pp. 729 y ss.

¹⁰⁷⁵ Arts.129.2 y 3 del III Convenio de Ginebra y arts.77 y 78 del I Protocolo, y arts.115 y 116 de la Ley 0.4/1987.

¹⁰⁷⁶ Vid las distinciones que el art.8 del I Protocolo Adicional hace sobre la acción de transporte sanitario, el medio de ese transporte y aeronave sanitaria. A la vista de ellas entendemos que el buque de asalto anfibio (*B.A.A*) *Galicia* no se distinguió con un distintivo tal porque, al no renegar de su condición de *nave militar no sanitaria*, sin embargo, llevó a cabo también ese -restringidamente permitido- doble uso (con la *necesaria* y eventual acción de transporte sanitario) para cumplir con su cometido humanitario en un contexto bélico donde también era trasladada Fuerza (Infantería de Marina, componentes de la Armada y de la UMIX-ET) con estatuto de combatiente.

esclarecimiento criminal, entre ellas también ya la autopsia, la averiguación de posibles testigos y otras en su caso, motivo por el cual a la familia se le entregaba copia de las prevenciones de los atestados realizados¹⁰⁷⁷. Llamemos así la atención de que, independientemente de la *capacidad procesal de obrar* que se requiera para su denuncia, la situación o no de guerra en que pudo ocurrir el citado delito es indiferente para que, al ser de una entidad¹⁰⁷⁸ tan grave y, en su caso, ocurrido en una situación de contexto de una política o plan posibles en tiempo de postguerra y en territorio ocupado, *en términos de conjetura* podría afirmarse que sí pudiera haber sido investigado profesionalmente por el fiscal del TPI, de oficio o por la remisión a su cargo de esa situación, si el TPI entonces ya hubiera estado funcionando como tal. Este pensamiento se refuerza atendiendo al hecho más que probable, propio del transcurso de toda guerra, de dejación de jurisdicción estatal (la del lugar –Iraq- y el del acusado - que se ignora, pero al ser probablemente una persona iraquí, sería también otra vez Iraq-). Es sobre todo este dato el que ofrece elementos de juicio más que sobrados como para que el TPI, si aquél hubiera ya estado vigente e Iraq un Estado parte o cooperante¹⁰⁷⁹ ya del Tratado, hubiera conocido más que probablemente de su enjuiciamiento *salvo que el único autor se tratase de un menor*¹⁰⁸⁰ *de dieciocho años o, en sentido contrario, se tratase de un delito continuado* –que no lo es en este caso- y hoy todavía se estuviere cometiendo.

¹⁰⁷⁷ A falta de tal diligencia la ayuda española a tales familias se hizo solo sin saber de verdad cómo se pudo producir sus muertes por causa violenta, por parte de quién, si a causa de ajuste de cuentas, si a causa de un posible combate, si fueron parte o no de un ataque sistemático contra población civil, si lo fueron o no dentro de un plan o política o de la comisión en gran escala de crímenes de guerra, si lo fueron a causa de robo o pillaje, de una violencia política, etc. Solo se puede decir que el momento temporal de la prestación de esa ayuda fue recién “acabada” la guerra (entendiendo por tal el día de la imagen televisiva mundialmente difundida de la caída de la estatua de *Sadam* en *Bagdad*) y que, por sí solo, se trataría de un delito calificable en principio (cuando menos) de homicidio (intencional) que, dejando por el momento a un lado si respondía además a la situación propia de un crimen “de guerra” o “de lesa humanidad”, lo cierto es que por la falta ya explicada de garantías de la justicia iraquí pudiese haber quedado impune.

¹⁰⁷⁸ Si nosotros hubiésemos tenido que hacer un escrito procesal de calificación provisional o un auto de procesamiento, o quizás un “*plea begetting*” de naturaleza similar y propio del Derecho anglosajón, probablemente nos inclinásemos por el asesinato del ignorado autor siempre que, finalmente al completo investigados, presentasen los requeridos indicios de criminalidad y autoría suficientemente determinados antes de abrirse el juicio oral. *Otra cosa es que respondiera o no a una situación grave como para estar inmerso en la categoría de crimen de lesa humanidad. Lo ignoramos*. En cualquier caso, si lo fuera hay que tener en cuenta que según la decisión de la Sala de Apelación de 2.X.1995 en el caso *Dusko Tadic* afirmó en una cuestión de previo pronunciamiento que “*es ya una norma establecida de D.I consuetudinaria el que los crímenes contra la humanidad no exigen la conexión con un conflicto armado internacional*”.

¹⁰⁷⁹ A los Estados no Partes que por mor de un Acuerdo especial con el TPI permiten que éste conozca de un asunto **JIMÉNEZ GARCÍA, F** (1999). “*Hacia una Jurisdicción Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de Julio de 1998*”, Studia Carande. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas 1999-3, p.127, los llama “cooperantes”.

¹⁰⁸⁰ **Sorprende que entre los quince y los dieciocho años una persona pueda en D.I participar en conflictos sin ser responsable a efectos del TPI**. Vid Anexo I.

Para ello *a priori* hubiese bastado la petición de cualquier Estado Parte relacionado con el lugar (*Iraq*, que aún no es Parte), o el del acusado - probablemente *Iraq*-, bien del Consejo de Seguridad¹⁰⁸¹ (seguro que no la hubiera hecho tratándose de *Iraq*), bien de oficio por el propio Fiscal del TPI; legitimado activo este último, por tanto, el más plausible de todos bajo la supervisión autorizada de la *Sala de Cuestiones preliminares* (con función ya jurisdicente).

XX.III.2.2. La problemática de la detención provisional en travesía

También nos podemos hacer la siguiente pregunta: *¿Y si se hubiera detenido al presunto culpable por parte de nuestras fuerzas aplicando las reglas de enfrentamiento?, ¿hubiera sido posible aquí aplicar el principio de jurisdicción universal y, por tanto, pese a ser neutrales, conocer judicialmente de los autos?*¹⁰⁸² De todo esto se sigue una importante conclusión sobre el papel adicional del militar en zona de conflicto en cuanto que, gracias a él, se puede hacer justicia a través no sólo de su país, en su caso, sino del TPI: Para evitar posibles impunidades, lo lógico también sería que en zonas de conflicto los contingentes extranjeros *de misiones que se vean en tales trances como en el supuesto deberían de recoger semejantes hechos mínimamente diligenciados en las prevenciones como las narradas para que, al menos, haya una mínima base documental del esclarecimiento de un suceso por la que -a modo de un mínimo principio de prueba- se pueda en su caso dar “fuente fidedigna” (no necesariamente confidencial) de noticia criminal (remisión de la situación) al Fiscal del TPI y, en definitiva, ante la incapacidad procesal de obrar por sí solos para denunciar ante el TPI, la suplan mediante este tipo de colaboración sugerida y dentro del deber de evitar la impunidad a nivel penal Internacional.*

Aun a sabiendas de que ningún particular tampoco tiene capacidad procesal de obrar para denunciar ante el TPI, **lo que no se sabe del Estatuto de Roma es si, por ejemplo, la remisión de la situación al Fiscal del TPI se podría hacer directamente o no por el jurídico-militar**¹⁰⁸³. Para completar esta cuestión, no obstante, hay que acudir con carácter forzoso **para el caso de España** a lo dispuesto por la **Ley**¹⁰⁸⁴ **O. 18/2003, de 10 de Diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional**, la cual parece corroborar el criterio aquí por nosotros apuntado y deducir de ella, además, una nueva función posible del asesor jurídico-militar (propia de su versatilidad si el Gobierno así lo considerara). Ni que

¹⁰⁸¹ Tal como afirma **ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.** (2000.b).Ob. cit. P.180, este supuesto se trataría de uno en el que se entraría en contradicción con el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, ya que impone al Estado obligaciones derivadas de un Tratado en el que no es parte y al margen de las reglas contempladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts.34-38).

¹⁰⁸² Vid. Anexo I.

¹⁰⁸³ Vid Anexo I.

¹⁰⁸⁴ Vid.Anexo I.

decir tiene que en la asunción de jurisdicción por el TPI también, en su caso, la Fuerza y su asesoría pudieran estar notificadas de una *orden de detención provisional* (¿retención?¹⁰⁸⁵) del Fiscal contra una identificada persona (como lo fue *Radovan Karadzic*, por ejemplo, en el TP “*Ad hoc*” de la *ExYugoslavia*); o de tener que realizar -y con presencia letrada defensora (o de un magistrado de la *Sala de Cuestiones preliminares*)- medidas cautelares determinadas de “*prueba de oportunidad única*”, así el reunir pruebas preconstituidas o llevar a cabo prueba anticipada, o practicar ejecutivamente una *orden de comparecencia* sobre alguien. Antes incluso de darse esas posibles peticiones, sobre todo en el ámbito penal, *lo importante del asesor o Juez ya instructor en Zona de Operaciones es que de todos cuantos datos tenga deje lealmente constancia, sobre todo, del lugar exacto donde ocurran los hechos*. Si además resultase que, por ejemplo, sólo se ha cometido a bordo de un buque o aeronave español como el del *B.A.A. Galicia*, de acuerdo con el art.12.2 del Estatuto de *Roma*, el TPI podría conocer de ellos *subsidiariamente* sólo si el Estado al que pertenece¹⁰⁸⁶ tal buque o aeronave (*España*) fuera Parte del Estatuto o aceptase su competencia el estado de *matrícula* del buque o la aeronave (*España*). En el *iter* del proceso bajo esta última circunstancia señalada, y desde el punto de vista del posible autor de un crimen, conviene así saber *cómo se realiza la fase ya de investigación previa a un posible juicio futuro, toda vez que la fase del juicio no tiene misterio, salvo la prohibición de una vista oral en ausencia del reo y poco más*. Pondremos *especial énfasis, a nuestros efectos, en los derechos y garantías de esa persona, también en su detención y comparecencia*. Es decir, cómo el reo puede pasar de sospechoso a investigado y acusado, así como las medidas provisionalmente privativas o limitativas de su libertad. Previamente no dejaremos de significar, no obstante, que, tal como señala **LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M.**¹⁰⁸⁷, *el Fiscal tiene dos riesgos en su labor como consecuencia de su monopolio de la acción penal: una* es que, como cualquiera le puede aportar información, dependa en exceso de grupos de presión (ONGs, etc.), más si cabe cuando puede dirigirse a la *Sala de Cuestiones preliminares* para reiterar sin límite la denuncia de un mismo hecho; es decir, como si tratase –intoxicando su función- de ser sólo una posible parte procesal en el Estatuto inexistente: el de una acusación particular (y que por este motivo –a nuestro juicio- esta otra debería de haberse admitido¹⁰⁸⁸ en el Estatuto); *y la otra*, en su reverso, si no hiciera caso a la presión mencionada

¹⁰⁸⁵ Este es argumento que, como ya vimos, es contrario a la doctrina del Catedrático en Derecho Penal **QUERALT, J.J.** (1986) *El Policía y la Ley*. Barcelona: Plaza y Janes. cuando, por lo menos a efectos de nuestro Derecho interno, en términos absolutos califica la “retención” de ilegal.

¹⁰⁸⁶ Ley de enarbolamiento del pabellón y de bandera. Asimilado a “*territorio flotante*” por **VIRGA** (1979). *Diritto Costituzionale*. Nona Edizione internamente riveduta. Giuffrè editore. Varese. P.52. Vid. **DIEZ SÁNCHEZ, J.J.** (1990), Ob. cit. , pp. 57-71. **Art.6.1** Ley de Navegación Aérea de 1960.

¹⁰⁸⁷ **LIROLA DELGADO & MARTÍN MARTÍNEZ, M.M.** (2001).Ob. cit. , p.181 *infra*.

¹⁰⁸⁸ También la *Asociación Internacional de Derecho Penal* en su XV Congreso (5-10 de septiembre de 1994) se pronuncia al respecto en su tercera Resolución. Vid Anexo I.

considerando que no hay merecimiento del caso en su investigación por (art.61) “*no redundar en interés de la justicia*” –único supuesto en el caso la *Sala de cuestiones preliminares* puede intervenir después de oficio, con lo que esta Sala no deja de realizar una función de abogado acusador! subsidiario- podría ocasionar la crítica interesada y excesiva hacia su figura. En suma: **el diseño jurídico en la equidad del sistema del TPI se resiente de crédito social por culpa de ese monopolio en la acción penal**. Creemos que no es bueno para el TPI que el Fiscal pueda encontrarse en el “ojo del huracán” y ser el único blanco de posibles críticas sistemáticas -a veces política o socialmente interesadas-. El Abogado acusador también pudiera haber jugado un papel *de filtro* de esas críticas, de colaboración con la administración de Justicia y de servir de coartada en la satisfacción social del plano más propio que le corresponde: la acción popular a través de la querrela, consideramos que con necesaria fianza por regla general.

Al hilo de todas estas reflexiones en el segundo supuesto analizado (recordemos, *el del iraquí apuñalado*) pudiera haber ocurrido la siguiente situación: Que estando en el buque español realizando el jurídico-militar una misión de paz, se entiende que “*neutral*”, hubiera recibido del Fiscal del TPI -en una situación todavía no se sabe si propia de una “*agresión*”¹⁰⁸⁹, en todo caso nunca determinada por el Consejo de Seguridad para el caso de *Iraq*- una solicitud de información sobre los hechos de las prevenciones del atestado en el estado en que se dejaron finalizados, esto es, judicialmente inacabados. Teniendo que contestar a esa solicitud en un mes el Gobierno español - en última instancia de lo informado por ese jurídico-militar- su respuesta pudiera ser que el atestado se interrumpió en el estado inacabado que se expuso, es decir, al menos sin autopsia, porque ni *Iraq* ni *España* podían llevar a cabo la investigación en todo caso posterior. Ante este supuesto está claro que el Fiscal del TPI hubiera podido intervenir en la investigación sin impedimento alguno (como el de la suspensión de sus actuaciones por el Consejo de Seguridad, por las mismas razones anteriores) siendo Estado Parte *España* del TPI. Ello porque pudiera entenderse por el remitente de la situación que los hechos ocurrieran en *su* territorio a través de la ley de pabellón del buque. Por tanto, para continuar las investigaciones el Fiscal del TPI podría auxiliarse del jurídico-militar español, cuando menos saber su versión jurídica. No en vano la Fiscalía del TPI dispone también de “asesores jurídicos” –arts.42 y 44- y, entre las condiciones para concretar la reconocida

¹⁰⁸⁹ Para el Grupo P-5, con EE.UU a la cabeza, la existencia o no de una agresión solo puede ser determinada por el Consejo de Seguridad. La mayoría de Estados, sin embargo, se decantó por la opción contraria en el sentido de que el Estatuto recogiera la competencia a favor del TPI argumentando que existía el Texto jurídico, adoptado por la A.G de la ONU, al que el TPI podía acudir: la Definición de la agresión contenida en la Resolución 3314 (XXIX) de 14 de noviembre de 1974. Hubo dos críticas a esta última posición: no contenía exhaustivamente todos los actos constitutivos de agresión y, tal como destaca también **GUTIÉRREZ ESPADA, C** (2000).Ob. cit. p.129 *infra*, se trataba de un Texto referido a “*los Estados*”, pero no al tema de la responsabilidad de “*los individuos*”.

competencia estatutariamente exigible para ser personal del TPI sobre todo está la de tener “*una gran experiencia*” en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte –art.36-. Esto resuelve, por ejemplo, las preguntas (que ya antaño se hiciera **ANTÓN ONECA**¹⁰⁹⁰) de cómo puede reunir las pruebas y juzgar con acierto el magistrado del lugar donde no se ha cometido el delito, donde el reo es extranjero, donde también es extranjero y está ausente la víctima. Ese asesor, por tanto, pudiera haberse visto además en la tesitura de reemprender de nuevo la investigación estando para ello dotado de más medios. Por ello se debe saber que esta fase estará en todo caso regida por los *principios procesales de igualdad de armas e imparcialidad* entre las partes, toda vez que la *Sala de Cuestiones preliminares*, con arreglo a su potestad –aquí si ya jurisdicente-, supervisa su actuación como garante de derechos de la defensa. Esto implica que en ese estado de la investigación dicha Sala puede hacer a la vez de abogado defensor! subsidiario. El asesor jurídico-militar, del mismo modo¹⁰⁹¹, podría realizar la función del Fiscal como si éste estuviera en el lugar de autos. Con mayor razón, para salvaguarda del principio de legalidad, si se es consciente de que en conflictos desestructurados como lo fue el iraquí no hay por lo general un Colegio de abogados local donde acudir a su “turno de oficio” y, en su caso, también con otorgamiento del derecho¹⁰⁹² a la asistencia jurídico gratuita. La versatilidad de su función y condición de ese asesor jurídico militar no deja, pues, no sólo de ser útil sino que desde el punto de vista de su posible labor como “letrado” tiene un antecedente histórico en *España* conformado por R.D de 22 de diciembre de 1852, es decir, cuando entre la categoría de jurídico-militares estaba la de “*Abogados de pobres*” de la Comandancia de *Ceuta*, quienes a los dos años de ejercicio disfrutarían iguales ventajas que los Fiscales de Auditoría.¹⁰⁹³ Pero, esto no es

¹⁰⁹⁰ **ONECA, A.** (1949). *Parte General* de D.Penal. Madrid., p.119.

¹⁰⁹¹ Piénsese que tradicionalmente, desde luego desde un reglamento orgánico de 14 de enero de 1893, el Cuerpo Jurídico Militar ha tenido como misión principal la de “...*facilitar la buena, recta y pronta administración de justicia y la exacta aplicación de las leyes del Ejército*”, siendo sus atribuciones, según su **art.7**: “...*las especiales de los cargos de los individuos que lo componen, y consisten en fallar como jueces sobre negocios de su exclusiva competencia; en asesorar, bajo su responsabilidad, a los jefes superiores, cuando éstos ejerzan jurisdicción militar con arreglo a la ley, evacuando cuantas consultas les dirijan los mismos sobre cualquier materia de derecho constituido, y en ejercer las funciones fiscales en los casos y forma que determina el vigente Código de Justicia Militar...*”.

¹⁰⁹² Vid. **CAVERO LATAILLADE, Í.** (2000) Comunicación “*Los sistemas comparados de asistencia jurídica gratuita para la tutela de los Derechos Humanos*”, en *Hacia una Justicia Internacional*, XXI Jornadas de la Abogacía del Estado, Editorial Civitas y BSCH, Madrid. Pp.149-160. Asimismo, vid. Art.14.1.D) y f) del PIDCP de Nueva York de 1966; para la Comisión Europea el *Protocolo de Estrasburgo* de 11 de mayo de 1994 y *Convenio de Roma* de 4 de noviembre de 1950; el *Convenio Europeo de Estrasburgo* relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita de 27 de enero de 1977, ratificado por España el 21 de diciembre de 1985, y Reglamento del TJCE de 19 de junio de 1991. También el *Convenio de la Haya* de acceso internacional a la Justicia de 25 de octubre de 1980, ratificado por España el 20 de enero de 1988. En *España* su otorgamiento es *extrajudicial*, por Comisiones autonómicas del Ministerio de Justicia, y del que también disfruta todo extranjero por mor de la ley de extranjería.

¹⁰⁹³ La ausencia de cualquier letrado en misión, sobre todo en país islámico, él teóricamente la puede suplantar. Ahora bien, si se pensara que en el futuro un jurídico-militar hiciera con motivo

todo; ¿y si a resultas de las investigaciones se hubiera tenido que detener a alguien por orden del Fiscal del TPI? Veamos, como así ya lo hicimos con respecto al problema también de la piratería, el problema de la detención en tránsito de Buque: Del resultado de las investigaciones se hubiera podido proponer el sobreseimiento o la existencia de indicios racionales de criminalidad de un hecho y sus causantes. En este último caso, el Fiscal tendría la opción de pedir a la *Sala de Cuestiones preliminares* que dictase una “orden de detención”, una “orden de comparecencia” o una “orden de detención provisional”. Antes, atendiendo que el supuesto se daría en un barco y que en nuestro supuesto el jurídico-militar sería el investigador, una opción posible ajustada a Derecho hubiera sido la de realizar la recepción de su declaración por sí mismo y, atendiendo a las diligencias por él mismo practicadas, aunque también caben supuestos donde gracias a los medios tecnológicos actuales se hiciera a su través y vía Exhorto dimanante del Juzgado Militar Central Decano de los de *Madrid*, o el que fuera en su caso (Audiencia Nacional) a tenor de la Ley. Cabe que el reo hubiera de ser llevado a una autoridad en *España* u *otro Estado Parte* para garantizar su permanente vigilancia, sobre todo si hubiera sospecha de que en caso contrario pudiera cometerse un acto terrorista forzando su liberación (así el caso *Achille Lauro*¹⁰⁹⁴ en los ochenta, aunque se trataba de un buque de turistas), supuesto en el que podría ser dable arbitrarse la detención provisional decretada por la *Sala de Cuestiones preliminares*. Esta detención provisional lo sería, por lo menos, hasta llegar a Puerto y después de puesto a disposición judicial, lo que a veces puede superar las setenta y dos horas máximas de rigor con arreglo a ley nacional española. Pese a que transcurriesen más de setenta y dos horas así lo permite el Estatuto cuando de “custodia” para disposición del TPI se trata. *En tanto que Tratado, es de rango jerárquicamente superior a la Ley de Enjuiciamiento criminal* y es aquí, tal como señala **ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.ZAFRA**¹⁰⁹⁵, donde atendiendo a la

del servicio circunstancialmente esa función sería conveniente que, a imagen y semejanza del modelo norteamericano, por ejemplo, se creara una *Corporación* privada multinacional de tales jurídicos-militares. El decomiso previsto de bienes del detenido y el Fondo fiduciario estatutariamente previstos podrían ser su fuente de financiación. Su *staff* estaría habilitado para ejercer por los Colegios de Abogados existentes o no del lugar de que se tratase.

¹⁰⁹⁴ Vid. **GUILLAUME, G.** (1995). *Las grandes crisis internacionales y el Derecho*. Ed. Ariel Derecho, S.A. Barcelona. Pp. 233-248.

¹⁰⁹⁵ **ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael ZAFRA** “El establecimiento convencional de la CPI: grandeza y servidumbres” en “*Criminalización...*”, Cap.IV (2009), p. 180. Este autor (Rafael, no Rocío) de la Universidad de Sevilla considera además que la coherencia y las ventajas de optar por reformar la Carta -en vez de acudir a la vía del Tratado para la creación del TPI- no se valoró suficientemente en cuanto a su coherencia y ventajas de esta opción. Sobre su argumentación Vid, p.181 y ss. En todo caso, es consciente que, como afirma **REMIRO BROTONS, A. y otros.** (2001). “*La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal*”, en XXI Jornadas de Abogacía General (Junio 1999). “*Hacia una Justicia internacional*”. Ob. cit. p.1006), (...) “*el establecimiento del TPI mediante la reforma de la Carta, que se presenta teóricamente como la solución más coherente, resulta políticamente desaconsejable en la medida en que las condiciones de la reforma son tan exigentes (dos tercios de ratificaciones y adhesiones que incluyan necesariamente las de los cinco miembros permanentes del C.de S) que la reforma podría acabar aplazada ad calendas grecas*”. Por otro lado, la propia Comisión de D.I en el pár.51

naturaleza del CPI -según la forma de su creación (por Resolución C.S ONU, reforma de la Carta de *San Francisco*, o Tratado)-, se comprueba que aquella obligación de custodia no se puede imponer ni por Resoluciones del Consejo de Seguridad ni reformando la Carta onusiana. *Es decir, entre otros, se trata de un argumento por el que el TPI se tuvo que crear por Tratado.*

Habida cuenta también las circunstancias del medio (un barco atracado en Puerto o que puede navegar en La Mar) también cabría flexibilizar la rigurosa interpretación de los arts. 9 y 14 del PIDCP relativos a ese plazo de tres días de situación de detenido como máximo; pero ello no deja de hacernos pensar que, además de tener que habilitar en un futuro las situaciones de posibles celdas en buques (militares o no) con arreglo a la Ley de Vigilancia Penitenciaria y su reglamento, en cuanto a los derechos de garantía procesal no expresamente recogidos en el Estatuto sean, sin embargo, todos los que **LIROLA DELGADO Y MARTÍN**¹⁰⁹⁶ relacionan al criticar ése y otros defectos de tan meritada norma, así el atribuir la facultad de supervisar la detención a las autoridades nacionales, en lugar de a un órgano de la Corte. Pero fuera ya de la hipótesis exclusiva del medio en que un asesor jurídico-militar se pueda encontrar para realizar su trabajo de colaboración con el TPI, en todo caso deberá de tener en cuenta cómo se puede desarrollar *el derecho a la defensa* a lo largo de esas etapas citadas; incluso, desde este punto de vista, enmendando la plana a la *Sala de Cuestiones preliminares* (o Secretario del TPI en su caso), cuyas funciones con la abogacía están muy vinculadas y, a la vez, según vimos, muy en entredicho por sus funciones duales contradictorias.

En suma: el asesor jurídico-militar, recapitulando, puede hacer una función judicial instructora colaboradora, la propia del Fiscal; incluso exhortado por el TPI o a través de otro órgano jurisdiccional militar o civil nacional. Asimismo, independientemente de que gubernativamente designado pueda hacer de

de su Informe comentando el **art.2** al proyecto del Estatuto afirmó que *“un tratado aceptado por un Estado de conformidad con sus procedimientos constitucionales normalmente tendrá fuerza de ley dentro de ese Estado, a diferencia de una Resolución, y ello puede ser necesario si ese Estado tiene que tomar medidas frente a personas sometidas a su jurisdicción en cumplimiento del Estatuto”*.

¹⁰⁹⁶ **LIROLA DELGADO, I Y MARTÍN, M.M** (2001).Ob. cit. , p.190 *in fine* y 200, nota 29; también Vid. p.191 en cuanto a las razones de la segunda crítica, entre las que podíamos añadir la situación “kafkiana” aquí denunciada: la detención *en tránsito* de buque. Un detallado estudio de lo que ha venido en denominarse “núcleo duro” de los derechos humanos puede verse en **CARRILLO SALCEDO, J.A.** (1996). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en D.I Contemporaneo*, Tecnos, Madrid, 1996, pp.105-111; y **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (1990). *“La interacción entre el D.I.H y el D.I de los Derechos Humanos”*, Cuadernos de Derecho, núm.3, UNED, Centro Asociado de Sevilla, Sevilla, 1990. En cuanto a *otras garantías procesales recogidas*, tales como la supervisión de la labor del Fiscal por la Sala de Cuestiones Preliminares en la instrucción, los criterios de individualización de la pena y la especificación de las circunstancias agravantes y atenuantes en la Reglas de procedimiento y prueba, se deben a las delegaciones de lengua española y portuguesa (**YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J.A.**, (2000).Ob. cit. VII, p.116.)

Abogado del Estado, puede circunstancialmente actuar a la vez de abogado defensor de la Fuerza, y hasta del reo en su caso; *item más* cuando, según hemos visto, hasta la propia *Sala de Cuestiones Preliminares*, antes de un juicio, puede *por mor* del propio Estatuto haber realizado una esquizofrénica doble función de abogado acusador y defensor subsidiarios. Tal como señalan **LIROLA DELGADO Y MARTÍN**¹⁰⁹⁷, en juicio que compartimos, por lo menos ese jurídico-militar debiera de ser consciente de que “la mera posibilidad de que se confirmen los cargos contra un acusado *in absentia* y sin asistencia letrada resulta, en nuestra opinión, incompatible con el derecho a un juicio justo, máxime cuando además la *Sala de Cuestiones Preliminares* puede “*dictar providencias respecto a la revelación de la información a los efectos de la audiencia*” (art.61.3). De ser así se perjudicaría el derecho a la defensa del acusado, ya que podría privársele de la información necesaria para impugnar los cargos y las pruebas presentadas por el fiscal, así como para presentar otras pruebas de descargo (art.61.6)”. También las mismas autoras señalan cuatro deficiencias más en relación con el derecho a la defensa¹⁰⁹⁸.

En definitiva, en el caso del *apuñalado iraquí* concluimos que sólo la falta de simultaneidad cronológica de esos hechos con la entrada en vigor del Estatuto, del que sí hoy forma parte *España*, temporalmente sólo quizás “por los pelos” no hubiera sido impensable que -dada además la imprescriptibilidad¹⁰⁹⁹ de esos crímenes- prosperase una posible remisión de la situación de lo ocurrido al *Fiscal*, éste *ya sí con capacidad procesal de obrar y, por tanto, de denunciar, al igual que cualquier Estado parte y el Consejo de Seguridad*. En ese supuesto de hechos, para que conociera el TPI, hubiera bastado que por parte de *alguien* que teniendo conocimiento aproximado de ellos simplemente entendiera, no como nosotros, que su lugar de comisión¹¹⁰⁰ (teorías de la actividad, del resultado y de la ubicuidad) lo fue en el barco español Buque anfibiio de asalto (*B.A.A. Galicia*) y no a las afueras de *Umm Qsar*, toda vez que si así lo hiciera y no existiera doble impedimento, bien el temporal de falta de irretroactividad de hechos criminales con respecto a la entrada en vigor del Estatuto, bien el de no tener Jurisdicción universal, sería factible que ante la inexistencia de cosa juzgada del supuesto en *Iraq y en España*, siendo Ésta sí Estado parte del Estatuto, el TPI en la actualidad *activara su maquinaria* para este supuesto comentado. Ello siempre que, sobre la base del resultado positivo de la investigación del fiscal y la inexistencia de causa

¹⁰⁹⁷ **LIROLA DELGADO, I & MARTÍN, M.M** (2001).Ob. cit. p.192 *in fine*.

¹⁰⁹⁸ Aquí las comentaremos sucintamente. Vid Anexo I.

¹⁰⁹⁹ **Art. 29** del Estatuto y Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, *Nueva York*, 26 de noviembre de 1968. No obstante, hay una discordancia: el art.29 del Estatuto no está reconocido en todos los ordenamientos internos. Por ejemplo, en *España* y según el C.P de 1995 solo era imprescriptible el crimen de genocidio. *Entendemos que, desde la ratificación del Estatuto por nuestro país, ya no.*

¹¹⁰⁰ Vid. **DÍEZ SÁNCHEZ, J.J.** (1990). Ob. cit. , pp.79-82.

de inadmisibilidad, la *Sala de Cuestiones Preliminares* así lo autorizara y el *Consejo de Seguridad* no hiciera uso -cosa actualmente imposible al tratarse de *Iraq*-, de la potestad (Art.124 E.R) de suspensión anual (prorrogable cada otra anualidad quizás hasta *sine die*), esto es, el auténtico talón de aquiles (“tábano molesto” en palabras de **GUTIÉRREZ ESPADA**¹¹⁰¹) de la condición imparcial que se le supone a todo TPI. Es en este último aspecto donde la crítica de la doctrina¹¹⁰² es unánime. Se teme que el poder político pueda dejar inmune al fuerte y sólo verdaderamente juzgado al débil, con todo el peligro que ello pueda suponer si en un futuro pretende también “juzgar” además¹¹⁰³ a terroristas y narcotraficantes, y atendiendo a un Derecho desvirtuado o retorcido con pretextos indeterminados de supuestas “seguridades nacionales”, “imperativos militares”, etc., hasta llegar a la posible aceptación de chantajes u otras aparentes razones político-criminales muy discutibles en orden a su exclusiva arbitrariedad y, quizás también -así lo apuntamos-, a la ausencia de una acorde división real de poderes en el ámbito internacional respecto a la que es la institucional, primera piedra de verdadero toque sobre la cual a nuestro juicio se debería cimentar el nuevo edificio antes de volver a tropezar: nos referimos al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. La realidad de las relaciones internacionales contemporáneas quizás aconsejan jurídicamente la urgente necesidad de reforma del Consejo de Seguridad en lo que al número y miembros permanentes se refiere: ¿por qué a veces el *doble rasero* de las decisiones de todos sus miembros según les vaya la partida en el juego cambiante de las relaciones internacionales? Ese doble rasero se manifiesta en relación con el conflicto de *Iraq* si previamente se tiene en cuenta que no hubo mandato del Consejo de Seguridad en el bombardeo famoso de *Kosovo* en 1999, e incluso hoy viendo que hay países que han negado en esos momentos “la guerra contra el terrorismo” pero que, hoy por hoy, ya la emprenden como tal (*Mali*), que es el caso de *Francia*; también en relación con la criticada actitud norteamericana sobre el TPI, de querer ratificar el Estatuto de *Roma*, crítica que no se ha percibido tan feroz cuando sin embargo también ha habido países como algunos árabes e, incluso *Francia*, que instaron la cláusula *opting out* del art.124 del Estatuto que permite exceptuar de la competencia de la Corte durante siete años los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio; doble rasero que también se manifiesta cuando *Francia*, junto a *China* y *Japón*,

¹¹⁰¹ **GUTIÉRREZ ESPADA, C (2000)** “Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional (TPI) (Roma, 1998)”. XXI Jornadas de Abogacía General (Junio 1999). “Hacia una Justicia internacional”. Ob. cit. P. 563 *infra*.

¹¹⁰² No obstante, viendo el vaso de agua medio lleno, **LIROLA DELGADO, I & MARTÍN MARTÍNEZ M.M** (Ob. cit. P. 73 *in fine*), afirman que “sin desconocer que el sistema se resiente de la primacía que se reconoce al órgano político, con los peligros que de ello puedan derivarse, en nuestra opinión presenta la ventaja de ofrecer al Consejo de Seguridad la posibilidad de recurrir a un marco institucional permanente de carácter jurisdiccional cuando la situación de amenaza a la paz y seguridad esté ligada a la sanción de responsabilidad penal del individuo, con todas las garantías que de ello se derivan”.

¹¹⁰³ Resolución E del Anexo I del Acta Final de la Conferencia de plenipotenciarios.

no aceptó en *Roma* la imprescriptibilidad de los crímenes “de guerra”. No creemos¹¹⁰⁴, pues, que la “irritante disposición de transición” del art.124 del estatuto sea únicamente “*ad personam*” (EE.UU), tal como afirma **GUTIÉRREZ ESPADA** en la obra anotada, ni compartimos con él el académico desprecio que hace del peligro que conlleva (también para cualquier soldado, sea del país que sea) el no supeditar, por vía la de una atenta vigilancia *in situ* de una tutela judicial efectiva, la jurisdicción del TPI a su “aceptación” por el Estado de nacionalidad. Esta aceptación no puede ser “*un cheque en blanco*” debido a la prelación de jurisdicción otorgada por el principio de subsidiariedad del Estatuto romano, al menos, mientras se esté en el territorio de zonas de conflicto donde una de las Partes beligerantes, la territorial, no sea Parte del TPI, y además del Islam, caso de *Iraq* o *Afganistán*. Pensemos, sin ir más lejos, que respecto al crimen “de lesa humanidad” de tortura, el Estatuto, a instancias de países islámicos en los que la legislación impone determinadas formas de castigo que pudieran subsumirse en la tortura y que sistemáticamente incluyen precisiones de este tipo en cuanto textos internacionales participan, ha precisado que “**no se entenderá por tortura** el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellos” (art.7.2.e). Esta clase de reserva, aceptarla de antemano, supone ya tanto como poder ser el “*vigolero*” de alguien. En cierta forma, coincidimos con **PELÁEZ MARÓN**¹¹⁰⁵ sobre el apunte hecho de esa necesidad de reorientar la composición del Consejo de Seguridad respecto a su posición en el Estatuto de Roma cuando, si bien refiriéndose a la peculiaridad histórica de las Conferencias de *La Haya* respecto a otras, de forma similar señala que también en la creación de los Tribunales *Ad Hoc* ha primado el interés político sobre las exigencias de la Justicia. Entonces la cuestión a dilucidar es la siguiente: *¿puede considerarse a estos cinco países como representantes y portavoces de*

¹¹⁰⁴ Las cautelas de una Potencia son una constante histórica. Como podemos observar en la génesis del TPI que realiza **PIGNATELLI Y MECA, F** (2000).Ob. Cit. p. 18 tercer párrafo, *España* solo tiene ratificada la Convención II de *La Haya*, de 29 de julio de 1899, no la IV de *La Haya* de 18 de octubre de 1907. De hecho, incluso España se opuso, junto con EE.UU en su día, a los Protocolos de 1977 por culpa de admitir como combatientes a los guerrilleros excusados bajo la lucha del derecho a la libre autodeterminación, e incluso valoró jurídicamente por Informe de la Asesoría Jurídico General de la Defensa sobre el estatuto del TPI (*Vid.* Edición de **PIGNATELLI Y MECA, F**, (2003) Ob. cit. p. 312 *infra*) la posibilidad de hacer uso de la cláusula de exclusión temporal de la jurisdicción del TPI prevista en la disposición transitoria del art.124, significando que no había razón para ello, de tal suerte que *España*, como Estado Parte en los Convenios de *Ginebra*, tiene aceptado ya el sistema de *jurisdicción universal* de aquéllos confiriendo *en determinados casos* a un Tercer Estado el derecho de juzgar los crímenes de guerra cometidos por nuestros nacionales o en nuestro territorio (arts.49.I, 50 II, 129 III y 146 IV).

¹¹⁰⁵ **PELÁEZ MARÓN, J.M.** (2000).Ob. Cit. *Ibidem*. Primer extracto mimeografiado de p.95, el segundo de p.119 y el tercero y último de pp. 133 y 134. En el mismo sentido **LATTANZI, F** (1995) « la repression penale des crimes du droit international: des juridictions internes aux uiridictions internationales », en *Le droit face aux crimes humanitaires*. Comisión Europea. Bruselas., vol I, p.126. al ser comentado por **ESPINOSA DE LOS MONTEROS, RAFAEL ZAFRA** (2000) Ob., cit., *El establecimiento convencional de la CPI: grandeza y servidumbres*, en “*Criminalización...*”, Cap.IV., p.168 y ss.). También **REMIRO BROTONS, A.; DIEZ-HOCHLEITNER, J.; ORIHUELA CALATAYUD, E; PÉREZ-PRAT DURBAN, L., Y RIQUELME CORTADO,R** (1997) *Derecho Internacional*; p.1004, Madrid: Macgraw-Hill.

un concepto de justicia general acuñado por la Comunidad Internacional en su conjunto? Me parece que sería menester recurrir, cuando menos, a la *Pítia de Delfos* para dirimir semejante incógnita.” [Las cursivas son personales]. Puede que cualquier abogado de un acusado terrorista no tuviera mejor alegato en la “defensa” de una *justa causa* de una guerra como la que, al romper la baraja, respondió el ejemplo de “*chivo expiatorio*” de la de *Iraq*. *Item más*, mientras que las “armas nucleares de los pobres” (bacteriológicas y químicas)¹¹⁰⁶ se incluyen en la posibilidad de cometer *un crimen de guerra*, sin entender por qué su empleo no puede ser más bien un crimen “*de lesa humanidad*”, no así ocurre otro tanto con las nucleares por culpa *de todo* el Grupo P-5, no sólo EE.UU (país este último que, por cierto, a diferencia de otros –*Israel*– sí estaba dispuesto a aceptar la competencia automática del TPI en casos de “genocidio”). ¿Y qué decir de la legítima defensa estatal? La influencia de la *ambigua respuesta* que el TIJ dio en 1996 en opinión consultiva a propósito de su uso en determinadas circunstancias, en la medida en que el Tribunal consideró que el uso de las armas violaría “en general” el Derecho Internacional Humanitario, se declaró incapaz de pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de su utilización “*en una situación extremada de legítima defensa en que peligra la supervivencia del Estado*”¹¹⁰⁷.

XX.III.2.3. La custodia de prisioneros de guerra en labores de protección y vigilancia así como su interrogatorio y su intimidad personal y familiar

Por lo que al comentario del *prisionero de guerra iraquí mortalmente tiroteado* por la policía militar *norteamericana* en *Camp Bucca*, decir que la adopción de una investigación criminal por la Potencia ocupante a través de su Cuerpo Jurídico Militar asesor de campo –constituido en función judicial– ya hubiera evitado la entrada en escena de su conocimiento por el TPI debido no sólo a la faceta subsidiaria (piedra angular del TPI) de Aquél respecto a la jurisdicción nacional sino a que, como por todos es sabido, EE.UU no era aún entonces –y por lo menos hasta siete años¹¹⁰⁸ después de la entrada en vigor del Estatuto– parte del Tratado del Estatuto de *Roma* para no dejar a sus nacionales –y quizá como *España* hizo en su historia cuando era una Potencia¹¹⁰⁹– en situaciones comprometidas. Pero,

¹¹⁰⁶ PIGNATELLI Y MECA, F (2000).Ob. cit. p.18 *infra*, califica al Estatuto en este aspecto de “decepcionante”.

¹¹⁰⁷ Por tanto, no creemos que la negativa *estadounidense* tan doctrinalmente criticada de ratificar el estatuto del TPI responda tanto al exagerado temor del senador norteamericano *Helms* consistente en que por unos se pretenda “*someter a juicio la política de seguridad de los EE.UU*” o, por otros, se pueda confundir el orden internacional con una especie de *pax americana*, arrogante e imperial, impuesta unilateralmente. Creemos que, más bien, obedece al pragmatismo de temer al repudio que, manifestado por el que no lo es, siempre comporta el ser una Gran Potencia, rechazo de ciertos Estados que suele coincidir con la propaganda de muchos terroristas.

¹¹⁰⁸ Cláusula del sistema *opting out* del art.124 del Estatuto de *Roma*.

¹¹⁰⁹ De hecho, antes del “Desastre” la modificación de la Convención de *Ginebra* de 1864 que se pretendió en 1868 se frustró por culpa de *España*. Al no ratificarla no entró en vigor su versión enmendada. Vid. Nota 7. GUTIÉRREZ ESPADA, C (2000) “*Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional (TPI) (Roma, 1998)*”. XXI Jornadas de

atendiendo de nuevo al supuesto tal como se reflejó, nos preguntamos: *¿y si el soldado español de la Cía NBQ que protegía al EMAT (Escalón Médico Avanzado de Tierra) hubiera entendido por sí mismo, obviando el asesoramiento jurídico, que su orden del mando conllevaba implícita la custodia del prisionero que intentaba su fuga y, por tanto, hubiera sido autor de su muerte? España sí forma parte del Tratado del TPI. En este caso pudiera entenderse que la adaptación de las reglas operativas de enfrentamiento para llevar a cabo su cometido de protección al EMAT no le alcanzaban a ese soldado hasta el extremo de disparar el fusil en el caso de su posible fuga no violenta: Además de ser deber de todo prisionero escapar, y no ser ello –la simple fuga sin más- constitutivo de una agresión prohibida en Derecho que legitimase por reglas de “enfrentamiento” ninguna defensa de la vida o derechos en la persona o bienes propios o de otro, el mandato de custodia –de la Potencia vencedora ocupante: EE.UU en Camp Bucca- lo tenía sólo y exclusivamente la policía militar norteamericana, desde luego no la “neutral” española (art.13 de la Convención V de la Haya de 1907 sobre la neutralidad en guerra terrestre).*

XX.III.3. En Afganistán, Tercer supuesto

XX.III.3.1. Atentados a patrullas

El atentado a los componentes de una misión de Paz, gracias en su día a la Delegación española, sí es una conducta expresamente tipificada como crimen de guerra en el art. 8.2.b.iii *“siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional de los conflictos armados”*¹¹¹⁰.

XX.III.3.2. Precauciones de buen uso para el material de Defensa

Aparte de las precauciones de enmascaramiento que, en su caso, sean necesarias y que ya en su momento se trataron, hay que tener en cuenta también el celo que la Fuerza debiera¹¹¹¹ de tener para evitar que el material de Defensa

Abogacía General (Junio 1999). *“Hacia una Justicia internacional”*. Ob. cit. *“La Criminalización de la barbarie...”*. P.40.

¹¹¹⁰ Coletilla que, por **PIGNATELLI Y MECA, F.** (2000) REDEM 75. Ob.Cit. P.291 *ut supra.*, ha sido interpretada en el sentido de que *“entran en el ámbito de protección penal que el precepto confiere cuantas personas (cualquiera que sea la función que lleven a cabo, es decir, administrativa, logística, sanitaria, o de cualquier otra índole) u objetos formen parte o integren la misión, en tanto que las actuaciones de quienes la integran no impliquen tomar parte activa en las hostilidades, es decir, que cuando actúan como combatientes por ser el mandato de imposición de la paz, debe ser aplicado, sin duda, el Derecho Internacional Humanitario”*.(El subrayado es nuestro).

¹¹¹¹ *Vid. Arts. 13 y 223* del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de la Comunidad Europea, Reglamento (CE) n.3381/94 del Consejo, de 19.XII, Decisión 94/942/PESC del Consejo, de 19.XII, y Arreglo de *Wassenaar*, criterios convenidos en el Consejo de Luxemburgo de Junio de 1991 y en el de Lisboa de Junio de 1992, y directrices recogidas en la Decisión 94/942 PESC y sucesivas modificaciones.

sea objeto de contrabando y, por tanto, para no ayudar en la confusión bélicamente estatutaria de la población y demás fuerzas extranjeras de la zona de asentamiento; de suerte que ningún material de Defensa pueda, a través de su peligrosa circulación, llegar a ser empleado en acciones que perturben la paz, la estabilidad o la seguridad a nivel mundial o regional, o que su exportación pueda vulnerar los compromisos internacionales contraídos por *España*, toda vez que esa oportunidad de conseguir un cierto lucro por estraperlo “la podrían pintar calva” sabiéndose que, cual privilegio de una estafeta de aviación o puerto militar según el reglamento¹¹¹² español de determinado comercio exterior, éste “*se exige de la necesidad de una autorización administrativa cuando acompañe o la vayan a utilizar las Fuerzas Armadas o Cuerpos de Seguridad en las maniobras o misiones que realicen en el extranjero, o bien con motivo de operaciones humanitarias, de mantenimiento de la Paz o de otros compromisos internacionales*”.

XX.IV. Situación y gravedad; antijuricidad y culpabilidad de los supuestos; cuestiones de admisibilidad, competencia y legitimación; y aspectos importantes circundantes a tener en cuenta: el derecho de defensa

Por considerar ya debidamente comentados estos apartados no hacemos más estudio que el casuístico que ha sido realizado, de forma que haremos tan sólo una sucinta recapitulación teórica: Siguiendo a **ESCOBAR HERNÁNDEZ**¹¹¹³, la competencia del TPI que justifica su creación viene determinada por la gravedad de los hechos que ha de enjuiciar sobre la base de los principios axiológicos propios del orden público internacional a los que no son ajenos los Estados, considerándose como los más execrables crímenes cuya comisión repugna a la conciencia de la humanidad. Ese reduccionismo competencial se traduce, *materialmente*, en sólo cuatro categorías: “genocidio”, “crímenes contra la humanidad”, “crímenes contra la guerra” y “agresión”, de los cuales sólo las tres primeras son operativas actualmente. El terrorismo, por su parte, no lo contempla aún, *pero no se descarta que pudiera haber cabido sobre todo dentro de los crímenes “de lesa humanidad”*, es decir, cuando el propio terrorismo fuera cometido a gran escala y con carácter sistemático (caso del 11-S o del 11-M, por ejemplo, si de ellos no hubieran conocido otra jurisdicción estatal), mientras que el terrorismo “en la guerra” hay que tener en cuenta que también se encuentra ya castigado como tal crimen “de guerra”, junto con algunas de sus modalidades, en la normativa internacional sobre la guerra.

En suma: si se dieran las condiciones estatutarias para ello, el TPI actualmente pudiera conocer respecto al terrorismo *impropiamente*, es decir, en función de tal

¹¹¹² Arts.10.3 y 16.3 del R.D 491/1998, de 27 de marzo.

¹¹¹³ Extracto de su ponencia “*El Estatuto de Roma de la CPI*” con ocasión de las XXI Jornadas de estudio de la Abogacía General del Estado entre 9-11 de Junio de 1999, “*Hacia una Justicia Internacional*”, Ed.Civitas y BOSCH, Nov.2000. Pp. 499-518.

clase de crímenes y sólo a través de ellos, pero no como un crimen propio. No obstante, ese enfoque restrictivo del número de crímenes a conocer por el TPI se compensa sustantivamente por la amplitud de la forma en que las categorías son definidas, tal cual se manifiesta en el caso de los crímenes “*de lesa humanidad*” al poderse cometer sin que exista un conflicto armado, y en los crímenes “*de guerra*” al poderse predicar tanto de Conflictos Internacionales como Internos, así como la novedosa tipificación de hechos como “*el embarzamiento forzoso*” o “*el ataque al personal en misión de paz*”, no sin embargo hasta el punto de hacer lo propio con “*el uso*” del arma atómica. *Temporalmente*, de acuerdo con el art.11 del Estatuto, no conoce de hechos anteriores a su entrada en vigor de acuerdo con la garantía jurídica del principio penal de la irretroactividad de la ley de tal clase menos favorable o restrictiva de derechos fundamentales del reo. En materia de *competencia personal*, aspecto donde se encuentra el cambio más radical, puede enjuiciar a mayores de dieciocho años con independencia del cargo o función. Se significa que el sistema de imputación de responsabilidad prevé la autoría “directa” y la “indirecta”, en especial la vinculada con la responsabilidad de los jefes por hechos cometidos por sus subordinados que, conforme a su cargo, conocían o debían conocer. A esto se añade la exclusión de la obediencia debida, como causa general de exclusión de la responsabilidad. Por último, la *competencia jurisdiccional* del TPI es “automática”, en el sentido de que deriva sólo del simple hecho de *la ratificación*, y con una vocación de universalidad sólo limitada por el nexo de jurisdicción (“*condiciones previas para el ejercicio de la competencia*”) de las personas a enjuiciar: que el hecho ocurra en territorio de un Estado Parte o alternativamente (“o”, no “y”) el Estado de la nacionalidad del acusado, *es decir, no el de la víctima ni el del Estado de captura o detención*. Por ello, el propio Estatuto contempla sin necesidad de ningún nexo dos fórmulas complementarias de atribución de su competencia que pueden potenciar su eficacia: que por Acuerdo con un Estado no Parte conozca de un asunto concreto o, como una manifestación del poder general que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ya ha ejercido en los casos de la *ExYugoslavia y Ruanda*, dicho órgano político le remita una situación en el marco del Capítulo VII de la Carta. De todo ello concluye: mientras que un asunto ya juzgado por el TPI no podrá ser sometido en un futuro a ninguna otra jurisdicción nacional, *a la inversa sí puede suceder*, en particular por no haberse tratado de un juicio sino de una pantomima fraudulenta.

Respecto a *la legitimación* la tienen los Estados Partes, el Consejo de Seguridad y el Fiscal del TPI. *El perjudicado* tiene la vía indirecta de remitir la situación al Fiscal y una capacidad de obrar procesal sólo limitada a un mero “*litisconsorcio activo adhesivo simple*”, de suerte que no existe la figura de “la acusación particular”. ¿Y en el ámbito penológico? Sólo apuntar *respecto a la pena*, atendiendo a los supuestos vistos, que aquí no se concreta. A diferencia de nuestro sistema penal vigente, donde, por un lado, es el propio fallo o veredicto -

en muchos casos de un jurado (así para el asesinato)- quien fija la pena concreta a imponer con la ayuda de un magistrado ponente, y por otro, la falta de dosimetría penal en la tipificación¹¹¹⁴ de los crímenes en el Estatuto (a diferencia de nuestros Códigos penales), *el TPI, por así disponerlo el Estatuto, debe en un primer momento procesal sólo resolver sobre la culpabilidad o inocencia.* Independientemente de la necesaria coordinación punitiva de los diferentes sistemas legales nacionales de Estados partes o cooperantes, aun a costa de posibles reformas de los mismos, sólo en el primer caso de pronunciamiento expreso se abre lógicamente *ya un segundo momento* procesal de determinación de la pena concreta donde el abogado defensor, dejando a salvo su derecho a recurrir vía apelación (o revisión extraordinariamente) a la *Superior Sala ya más internacionalista de Apelaciones* -junto a otros asuntos anteriores pero no menos trascendentes que se puedan haber dado bien en la *Sala de Cuestiones preliminares*, o en la *de Primera Instancia* (cuestiones de admisibilidad y de competencia)-, intente exponer todas las circunstancias no tasadas favorables del reo para conseguir -una vez probadas- el menor grado reprobatorio de la culpabilidad de su patrocinado. Desde luego a éste nunca se le aplicará la pena capital. Sí es probable que, como máximo, la de cadena perpetua allí donde ésta esté permitida. Su ejecución siempre estará asegurada por lo menos en el Centro Penitenciario señalado de *la Haya*, sede del órgano que estudiamos.

XX.V. Propuestas y consideraciones parciales

En nota aparte hacemos resumen del análisis realizado de situaciones¹¹¹⁵.

1. Bajo el método simulacroativo de omitir la irretroactividad prevista en el art.11 del Estatuto del TPI, el objetivo de este capítulo ha sido conjugar exploratoriamente la teoría (historia, doctrina y jurisprudencia de Tribunales *Ad Hoc*) con la práctica (Misiones de Paz). 2. Se ha atendido para ello a la histórica versatilidad de funciones del asesor jurídico-militar, en concreto, desde la mínima referencia romano-estatutaria de la figura del abogado defensor. 3. Con la premisa de deducir el grado de nuestra colaboración concreta con el TPI, y, sin eludir la problemática de cuál podría ser la solución jurídica al terrorismo que, de hecho, también es junto al narcotráfico detectable en zonas (desestructuradas) afines con el estado de guerra un próximo candidato de crimen de lesa humanidad, nos hemos

¹¹¹⁴ Aunque según *Hollweg* el principio *nullum crimen y poena sine lege* forma parte del orden público internacional (art.11. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art.15 del PIDCP, art.7 de la Convención Europea para la protección de los Derechos del Hombre), para **LIROLA DELGADO Y MARTÍN MARTÍNEZ** (2001). Ob. cit. p.13., es preciso reconocer que su funcionamiento en el Derecho Internacional no se acomoda al mismo esquema que en el sistema penal interno. La relación que se genera en uno y otro ámbito es distinta: en el primer caso entre la comunidad internacional y el individuo, mientras que en el segundo entre un órgano jurisdiccional y el individuo, es decir, aquí ya dos sujetos *ciertos*.

¹¹¹⁵ Se ha atendido para el estudio del Derecho aplicable lo previsto en el propio art.21 del Tratado. Vid. Anexo I.

preguntado, pues, cuál habría sido y, por tanto, cuál podría ser el hipotético papel de la Corte y el asesor jurídico-militar en casos situacionales verídicos. 4._El resultado ha sido extenso y amplio. El jurídico-militar puede tener de preboste funcional al TPI en cualquiera de todas y cada una de sus facetas, no sólo la de la abogacía. Las características de la intermediación y especialidad de su trabajo así como su experiencia propia de la orgánica y de su condición estatutaria, lo hacen especialmente idóneo por ser usualmente comisionado a Operaciones de Paz.

XXI. TERRORISMO INTERNACIONAL Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

XXI.I. Las razones de la previsión de su enjuiciamiento por el TPI

Junto al tráfico de estupefacientes, el terrorismo¹¹¹⁶ figura como futurible crimen castigado en el Estatuto de Roma (por el que se crea la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998) con base en la Resolución E del Anexo I del Acta Final de la Conferencia. Si nos preguntamos por las razones de esta previsión, hemos de tener en cuenta que tradicionalmente la lucha contra el terrorismo internacional se ha desarrollado principalmente en tiempos de paz mediante el instrumento de la extradición y el principio grociano “*aut dedere aut iudicare (punire)*”¹¹¹⁷, principio que consiste en adoptar una solución de dos posibles por el Estado aprehensor: *extraditar o procesar*. Incluso antes de que naciera el primer Tratado de *Ginebra* de su prevención y castigo en 1937 -firmado por veinticuatro Estados y que dadas las fechas (entreguerras) nunca llegó a entrar en vigor- *la Liga de las Naciones*, en Resolución de Diciembre de tres años antes, ya predijo la ineficacia de tales tentativas con unas palabras¹¹¹⁸ que incluso hoy no pierden su actualidad. Por tanto, *dejando a un lado los intentos sectoriales de regular manifestaciones del terrorismo como son las relativas a la toma de rehenes y a la seguridad de la aviación civil, o los esfuerzos regionales europeos o iberoamericanos antes que los universales, pese a ello el Tribunal Penal*

¹¹¹⁶ **LAMARCA PÉREZ, C.** (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Colección Temas penales. Serie A. Nº 3. Centro de publicaciones del Mº de Justicia. Secretaría General Técnica. Madrid.P.221. señala que atendiendo al concepto legal de terrorismo en la LO. 8/1984 el legislador ha terminado reconociendo que solo procede aplicar la ley española cuando el delito cometido en el extranjero se inscribe en el programa criminal de un grupo rebelde o terrorista *español*, es decir, cuando atenta contra intereses españoles. Es el principio de protección de intereses el que inspira el art.2 de la LO 8/1984.

¹¹¹⁷ Su modelo más estándar es el del art.7 del Convenio de la Haya para la represión de apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970. También en el art.14 de la C.94.

¹¹¹⁸ “*Las normas de la ley internacional concernientes a la actividad de la represión del terrorismo no son suficientemente precisas como para garantizar eficientemente la cooperación internacional en esta materia*”. Traducción propia del inglés del comienzo del artículo de **HAILBRONNER, KAY** (1982) “*Terrorismo Internacional y Leyes de la Guerra*”, *German Yearbook of International Law*. Volumen 25-1982.

Internacional tiene previsto abordar la tipificación futura de este delito con un carácter tan global como universal.

XXI.II. El terrorismo: ¿delito o crimen de guerra?

XXI.II.1. Su ambigua calificación jurídica en determinadas situaciones

Aunque se podrían apuntar diversas causas de por qué el terrorismo no se encuentre aún tipificado penalmente a un nivel internacional, lo cierto es que, desde el punto de vista del Derecho de la Guerra, la legitimación de tomar las armas invocando un derecho a la autodeterminación de los pueblos y de lucha contra la ocupación extranjera y régimen colonial, o racista, (art. I del Protocolo Adicional I) ha dado pie a considerar que el terrorismo se trata de un fenómeno que *está inmerso más bien en una zona crepuscular entre el combate violento y la criminalidad común*. Ambigua situación ante la que, dado un acto en todo caso delictivo, y depende del contexto en que éste se cometa, es lógico que *a veces sea difícil saber a ciencia cierta si aplicar el Derecho local penal para su castigo o, en todo caso, se pueda acudir al Derecho de la Guerra para ello*.

XXI.II.2. Sus riesgos

Ante ese dilema se puede correr el riesgo, incluso, de caer en la tentación de otorgar el estatuto del prisionero de guerra no ya a un guerrillero sino a un auténtico terrorista, que es lo que muchos de ellos y sus grupos insurgentes pretenden: “legitimarse” como soldados aun no siéndolo. Ese peligro ya lo apreciamos para el supuesto de un terrorista infiltrado en las Fuerzas armadas.

XXI.III. El caso Abu Eain

Aunque esa posibilidad cabría, tal como vimos en el capítulo relativo a la gestión de crisis internacional del terrorismo por las leyes de los conflictos armados y con arreglo a un argumento “*a fortiori*” de aplicación analógica de las leyes de la guerra al terrorismo, un ejemplo histórico de que esta tentación ya pudo producirse tuvo lugar en el *caso Abu Eain*¹¹¹⁹ *con ocasión de la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de Diciembre de 1981*. De la Resolución de la A.G 40/161 ONU de 16 de diciembre de 1981¹¹²⁰ se desprende, para euforia de muchos

¹¹¹⁹ Fue el caso de la **Resolución de la A.G de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1981 para este caso. Abu Eain** fue acusado por *Israel* de colocar una bomba en un mercado de la Plaza de *Tiberias* el 14 de mayo de 1979 matando a dos jóvenes y lesionando a más de treinta civiles. Siguiendo el requerimiento del Estado hebreo, *Abu Eain* fue arrestado en los EE.UU. Los magistrados *norteamericanos* decidieron que podía ser extraditado a *Israel* estando juzgado por dichas muertes, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelación *norteamericana* del séptimo circuito el 20 de febrero de 1981. La A.G de Naciones Unidas puso “el grito en el cielo” deplorando y condenando tal decisión porque la A.G tenía “*reafirmada la legitimidad por todos los medios posibles de la lucha por la independencia, integridad territorial, unidad y liberación nacional de las colonias y dominios extranjeros y ajenos sometidos*”.

¹¹²⁰ Aquella por la que se tomó nota de la liberación del Sr. *Ziad Abu Eain*, entre otros, el 20 de mayo de 1985, y deploró su posterior detención arbitraria por *Israel* exigiéndole, como Potencia ocupante, que los pusiera en libertad inmediatamente.

terroristas, que ese atentado fue un legítimo “acto de guerra”. Otorgar el viejo concepto de *justa causa* con una amplitud tal a ese derecho reconocido por la Carta de Naciones Unidas, y así interpretado en el Protocolo Adicional I, ha dado lugar a su crítica en el sentido de que con ello se está dando pábulo a un *proceso de “legalización del terrorismo”*.

XXI.IV. El problema de la confusión del terrorista con el guerrillero Un Abogado

Experimentado en estas lides como *Abi-Saab*, después magistrado en el TPIY, reconoce que la connotación política propia de la existencia de “*un doble estándar*” produce inseguridad jurídica: la obligación de un guerrillero de distinguirse de la población civil -llevando sobre todo abiertamente las armas y actuar *inter alia* bajo mando de alguien que sea Jefe (art.44.3 Protocolo Adicional I)- se ha reducido para él sólo mientras se haya comprometido a un ataque o en una operación militar preparatoria a otro ataque (art.4.3 Protocolo Adicional I), pero *no en todo momento* (como sí suele ocurrir en el caso de un soldado de ejército regular).

XXI.V. Soluciones jurídicas ante el (anterior) abuso: razones de una mínima justicia, la arbitral, llevada a cabo por la CPI

Los necesarios intentos de deslinde de situaciones entre terrorismo y guerra a efectos jurisdiccionales, de qué tribunal nacional debiera tener otorgada la jurisdicción de su deslinde y conocimiento, podrían ser, en su caso, realizados bajo los epígrafes siguientes:

A/. Distinguir las diferentes etapas evolutivas del conflicto y la clase de éste.

Sin embargo, el problema que aquí se plantea es que no se evita la variabilidad circunstancialmente política de que se admita o no una extradición solicitada. Para poner un ejemplo de este criterio creemos que en el caso de una de las múltiples manifestaciones de Bosnia, tras el conflicto, como problema de orden público en una situación pacificada, el Derecho a aplicar sería de delincuencia común o ley de emergencia local en un Estado prácticamente ya reconstruido y, por tanto, la extradición solicitada por *España* con arreglo al principio¹¹²¹ de jurisdicción universal penal sería quizá de posibilidad cero al ocurrir prácticamente en un tiempo de (mantenimiento) paz, al ser así posible -por tener Juzgados para ello- la aplicación del *principio aut dedere aut iudicare* y

¹¹²¹ En materia de jurisdicción universal, tal como afirma **CORRALES ELIZONDO, A** (2000). Mimeografiado XXI Jornadas de estudio de 9-11 Junio 1999, Abogacía General del Estado, *Hacia una Justicia Internacional*, Ed. Civitas, BSCH, nov.2000, p.530): “(...) se han venido distinguiendo varias categorías, haciéndose referencia a la obligatoria y a la facultativa. El primer sentido se encontraría en los delitos respecto a que los Estados están “obligados” a ejercer una jurisdicción universal, mientras que la facultativa implicaría a los delitos en los que los Estados pueden si lo desean ejercer jurisdicción. En el seno de los Tratados normalmente se establece la jurisdicción nacional obligatoria y en el Derecho internacional consuetudinario la facultativa”.

penare (art.14 C.94), al no obedecer a motivos aparentes de terrorismo sino de una violencia propia a reprimir para beneficio del orden público, y porque ante la ausencia de Tratado de extradición, *por mor* del art.15.2 de la Convención de 1994, sólo “a su *discreción*” podrá considerarla como la base jurídica necesaria para la extradición en lo que respecta a los delitos del art.9 previstos en Ella, entre los cuales está como mínimo la simple tentativa de ataque violento a personal ONU y asociado. Sin embargo, en el caso del apuñalado iraquí, si éste en verdad hubiera sido español y prácticamente en tiempo de guerra, bien considerándose un acto terrorista, bien un acto de guerra, respectivamente *podieran* haber conocido la Audiencia Nacional a través del principio¹¹²² de jurisdicción universal (art. 23.4 LOPJ) tal como entonces estaba legalmente previsto o, *en su caso*, la Jurisdicción Militar española aplicando el Derecho de la Guerra. Si estuviésemos en la hipótesis de tratarse de un delito militar, la extradición que se pudiera solicitar a la Potencia ocupante (EE.UU o Gran Bretaña), o al Juzgado iraquí, sí pudiera tener una mayor posibilidad de concesión que el caso anterior de la manifestación en Bosnia. Existiría como nexo de jurisdicción el llamado “*principio de personalidad pasiva*”¹¹²³, es decir, el conocimiento por él de una determinada jurisdicción porque la víctima (hipotéticamente española) tendría la misma nacionalidad que esa jurisdicción.

¿Cómo se debería de solucionar un conflicto de jurisdicción positivo en estos ejemplos? Si en este último supuesto se planteara un conflicto positivo de competencias entre un Juzgado local u ocupante y nuestra Jurisdicción, la española, entendemos *de lege ferenda* que la resolución sobre cuál de ellos es el foro competente habría tenido que estar conferida automáticamente, y no subsidiariamente, al TPI; incluso aunque el Estado requerido (*Iraq*) no sea Parte como tampoco lo es EE.UU, *pero sí Gran Bretaña*. Independientemente, por tanto, de la posibilidad de que un abogado pretendiera que el requerimiento español de extradición se hiciese a *Gran Bretaña*, en cuanto que en *Umm Qsar* era la verdadera potencia ocupante, no obstante, también cabría la posibilidad de que se tratase de una situación en la que, si se denegase una extradición a *España*, se temiera razonablemente que existiera

¹¹²² Así LIROLA DELGADO, I. (2001), Ob. cit. , p.22, cuando siguiendo a MARTÍN MARTÍNEZ, afirma que “*el principio de jurisdicción universal no genera una obligación para el Estado, sino solo una facultad (...) –la cursiva es propia-, siempre y cuando dicho principio haya sido incorporado al Derecho interno*”. Señala esta autora que de la práctica se concluye la conveniencia de que “(...) responda a un criterio de razonabilidad -la cursiva es propia- que se traduciría en la conveniencia de que conociese del caso aquel tribunal que (...) estuviere en mejores condiciones para llevar a buen puerto el procedimiento penal. Y, finalmente, resulta claro que se trata de un principio que por su propia lógica no debe entenderse que habilita para la persecución de cualquier delito, sino solo –la cursiva es propia- de los crímenes internacionales de especial gravedad y transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

¹¹²³ Vid.DÍEZ SÁNCHEZ. J.J. (1990) Ob. Cit. Pp. 113 y 114, 139 a 141.

el peligro de incurrir en una impunidad por el colapso y falta de garantías de la Administración judicial *iraquí*. Podría producirse una posible parodia de juicio local que conllevara el fraude procesal de invocarse la excepción de “*cosa juzgada*” ante el TPI o, incluso, la ausencia de garantías jurídicas al justiciable. Pensemos que en un conflicto como el *iraquí* la posibilidad de actuación unánime del Consejo de Seguridad para exigir justicia se resume a la nada, *luego aquí más que nunca la justicia universal resultaría ficticia*. Quizás con arreglo a este argumento, y sólo aquí se apunta, incluso por entonces la jurisdicción militar española o el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, al igual que así se ha pretendido con el famoso “*Caso del periodista Couso*”, pudieran pretender la extradición de los presuntos autores de la muerte de los españoles del CNI que fueron emboscados cerca de *Bagdad* en el verano del dos mil tres, toda vez que fundándola con arreglo al art.23.4 de la LOPJ de 1985 y de la Ley de extradición pasiva 4/1985 de 21 de marzo, así como bajo la lógica de universalidad de la justicia del *caso Lotus* (1927)¹¹²⁴ y otros casos¹¹²⁵ excepcionales, dadas las circunstancias bélicas del contexto en que tuvo lugar aquel caso se duda mucho de la Justicia *iraquí*. La conclusión se cifra en que, para evitar posibles impunidades, en un futuro se advirtiera la necesidad de que, por costumbre de todos los Estados, y no sólo de *la Corte Internacional de Justicia y la Asamblea General de Naciones Unidas* (art.119) a través de su labor de interpretación y aplicación del Estatuto para la resolución de controversias, el propio TPI asumiera una labor al menos *directamente* también *arbitral* de resolución de conflictos de Jurisdicción entre Juzgados nacionales¹¹²⁶. Sólo bastaría que así lo estipulase el Consejo de Seguridad y A.G de Naciones Unidas mediante una Resolución conjunta “*scripta, praevia, certa et stricta*” como la que, atendiendo a su fin de mantener

¹¹²⁴ En 1926, *Turquía* procedió a iniciar un juicio contra un ciudadano de nacionalidad francesa que estaba al mando de un buque *francés* que colisionó con una nave *turca* en alta mar. Producto del abordaje murieron ocho *turcos*. *Francia* protestó, alegando que las autoridades *turcas* no tenían jurisdicción. La Corte Permanente de Justicia Internacional se preguntó sobre la existencia en el Derecho Internacional de alguna regla que prohibiera a *Turquía* el ejercicio de su jurisdicción para conocer de hechos que habían ocurrido fuera de su territorio, resolviendo a favor de *Turquía* por cuanto las consecuencias del hecho ilícito se habían hecho sentir en una embarcación turca.

¹¹²⁵ **Caso Eichmann**, 1962; **caso Filartiga c.Pena-Irala**, 1980 (orden civil); **caso Demjanjuk c.Petrovski**, 1985; y **caso Klaus Barbie**, 1983. El **caso de Pinochet** podría ser otro ejemplo. En otros casos recientes, de **la matanza de las fosas ardeatinas o caso Eric Priebke y Kart Hass** (1998) y el **caso Maurice Papon**, fueron los Estados en cuyos territorios se cometieron los crímenes, *Italia* y *Francia* respectivamente, los que ejercieron su jurisdicción. P.ej. según el **caso barbie** el Tribunal de casación *francés* sostuvo que ante hechos de cierta naturaleza los conceptos de soberanía, territorialidad y de fronteras no deben ser entendidos como obstáculos para la investigación penal de unos hechos que traspasan cualquier frontera. En el mismo sentido el **caso EE.UU contra Otto**. Otro ejemplo es el **caso Demjanjuk**, donde un tribunal *estadounidense* permitió la extradición a *Israel* de un oficial de un campo de concentración *alemán*.

¹¹²⁶ Ello independientemente de que, al menos uno o, incluso ninguno de ellos, perteneciera al Estatuto de *Roma* y de que, a diferencia del arbitraje del TIJ previsto en el **art.22** de la Convención de 1994 respecto a la interpretación o aplicación de esa Convención, en beneficio del principio de la economía procesal *fuese siempre preceptivo y no solo potestativo*.

la Paz y Seguridad, se podría conseguir en el Acuerdo del TPI con la ONU, posibilidad que no va en contra de la naturaleza nomogénica del TPI porque, al fin y al cabo, (a) estaría determinando su propia complementariedad de conocimiento en el asunto sin tener por qué prejuzgar nada, toda vez que además el art.19 del Estatuto le obliga a controlar su propia competencia en virtud del “*principio de la competencia sobre la competencia*”, (b) estaría ejerciendo tácitamente una jurisdicción superior a las nacionales, y esto concuerda con **CASSESE**¹¹²⁷ cuando afirma que la cooperación de Tribunales Penales Internacionales de jurisdicción obligatoria no puede obedecer a las mismas reglas de estructura *horizontal* propia de la cooperación judicial entre Estados, sino a una relación *vertical* que asume la primacía de esta jurisdicción universal;(c) se reforzaría el nato sentido de primacía del Derecho Internacional y la arbitrariedad política posterior de un Consejo de Naciones Unidas eventualmente mal avenido,(d) se evitaría el problema del *forum shopping* derivado de la falta de prelación de jurisdicciones por el Estatuto. Ante la posible crítica de incurrir en un “racionalismo ingenuo” a nuestra propuesta, no obstante, insistiríamos en su viabilidad por muchas y variadas razones¹¹²⁸.

B/. Por otro lado, aquellos casos donde haya una situación de conflicto donde reine la anarquía y que el Comité Internacional de la Cruz o Luna Roja (CICR) ha denominado como propia de los “*conflictos desestructurados*”, según **COMELLAS AGUIRREZÁBAL**¹¹²⁹ constituye un excelente ejemplo de lo que el profesor **CONDORELLI** denomina “*Coutume-Grande-Vitesse*” (“*costumbre instantánea*”) de aplicación del DIH, si bien a juicio de la citada profesora ello puede ser mayor ejemplo de que, en realidad, los conflictos armados recientes están demostrando que la práctica ha desbordado los límites de la reglamentación jurídica existente y que se impone la necesidad de buscar mejores vías para adaptar este Derecho a las nuevas condiciones de los conflictos, pero sobre todo, para salvar una mayor aplicación y efectividad.

C/. Se puede pensar que gestionar una crisis de terrorismo internacional por las leyes de los conflictos armados tiene como objeción sus limitaciones históricas. Es decir, es una gestión que se ha quedado antigua: pudo valer en tiempos de la descolonización, pero no hoy. Es decir, el criterio más automático de atribución a la Corte Penal Internacional de su conocimiento por las leyes de los conflictos armados en cuanto que esa gestión es apuntada por

¹¹²⁷ **CASSESE, A.** (1999). “*The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*”. EJIL 1998-9, pp. 1 a 16.

¹¹²⁸ Vid Anexo I.

¹¹²⁹ **COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M^a. T.** (2000) “*El estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales*”. Ob. cit. p.344. *La criminalización de la barbarie...* Cap.IX. pp.325-356.

Kay Heilbronner junto con *Bond* y *Baxter* para rebatir a *Bothe*, *Partsch* y *Soft* (quienes opinan que la protección bélica sólo la tienen los guerrilleros que actúan en nombre de organizaciones con personalidad jurídica reconocida), consistiría en que el umbral según el cual la violencia política pasa de ser un asunto doméstico a otro en el que empieza a ser un acto de guerra ha ido cambiando constantemente con ocasión del proceso de descolonización y autodeterminación de los pueblos dependientes por parte del mundo, *proceso que - salvo el de Gibraltar y quizás alguno otro más- hoy está prácticamente acabado*. Por tanto, compartimos con *Kay Heilbronner*, *Bond* y *Baxter* que el dato principal para la aplicación de las leyes de los conflictos armados es que exista una situación real de los mismos independientemente de que se corresponda con otra situación, *cada vez hoy menos frecuente*, donde los pueblos estén luchando contra una dominación colonial y ocupación extranjera, no así tanto el cumplimiento previsto en el art.69.3 del Protocolo Adicional I de realizar una declaración unilateral, y con su depósito domiciliado, según la cual el representante de un pueblo comprometido en un conflicto armado constituya prueba (no meramente declarativa) de la asunción de su aplicación de los Convenios y Protocolo Adicional I para atraer a los suyos el estatuto de combatiente legítimo.

D/. Como, de acuerdo con el art.4.3 del Protocolo Adicional I, la obligación por “distinguirse” del combatiente guerrillero ha quedado limitada sólo a operaciones militares preparatorias de un ataque, no se pierde ese legítimo estatus de combatiente aunque se mantenga la ocupación civil o haga uso del camuflaje en operaciones militares¹¹³⁰. Asimismo la jurisprudencia del TPIY¹¹³¹ nos ofrece también referencias útiles para precisar el concepto de “*población civil*”, que tiende a ampliarlo para protegerla. Incluye en él no sólo a los civiles en sentido estricto sino también *a todas las personas que estén fuera de combate en el momento en el que se cometieron los hechos criminales*, incluyéndose aquí a las personas que hubiesen portado armas o las que hubiesen participado activamente en un movimiento de resistencia. Es una correcta **aplicación del art.50** del I Protocolo Adicional para casos de duda.

E/. **La naturaleza política del acto terrorista no es una excusa para evitar poder aplicarle por analogía las leyes de la guerra.** No deja de ser un acto

¹¹³⁰ Este argumento nos sirve, por un lado, para contra-replicar a los que vieron quizá esquizofrénica, cuando no péfida, la postura anteriormente mantenida de defender el camuflaje solo de un vehículo militar llevando en su interior a combatientes no camuflados para evitar la aparente pérdida de su protección en caso de accidente o siniestro de atentado; y por otro, para alegar en su caso la protección del estatuto de combatiente y no de espía incluso en el supuesto de ir de “paisano” *una vez capturado*.

¹¹³¹ **Casos Prosecutor v.Kupreskic** (párr.549), **Prosecutor v.Jelisic** (párr.54) y **Prosecutor v.Blaskic** (párr.208).

que, junto con otros de la misma índole, prolongan una situación de hostilidad militar a la que se le debe de imponer coto, esto es, una serie de obligaciones como a las que, en guerra o paz, se les impone a los gobiernos en sus relaciones y en materia táctica de adiestramiento en armas. Dicho de otra forma; *la naturaleza política del acto por el acusado en un atentado no puede llegar a ser un argumento aceptado de su justificación por considerarlo “soldado” en esas zonas híbridas de paz y guerra* sino, como mucho, hasta el punto en donde su acción para poder proteger a otra persona o institución a las que las leyes de la guerra se esfuerzan en salvaguardar (los Movimientos de Liberación Nacional) deba de ser necesariamente bloqueada. Este argumento fue el seguido por **Paul A. Tharp y Alfred Rubin** en el Informe de 1982 de la Convención de *Montreal*, ILA.

Fl. El llamado por Kay Heilbronner como argumento “a fortiori”, y que ya vimos¹¹³² : Este es un argumento que se ha utilizado¹¹³³ ante el impasse¹¹³⁴ del Derecho Internacional en el esfuerzo de la lucha contra el terrorismo internacional.

XXII. EL ESTATUTO DE LAS VÍCTIMAS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En nota hacemos mención a la repercusión de impacto en este apartado¹¹³⁵.

¹¹³² En materia de extradición y juicio no se debe de excluir la invocación *en tiempo de paz* de las leyes de la guerra. Pese a la existencia de un móvil político del acto **sería una anomalía incongruente** que la política de aislamiento, esto es, de denegación de la extradición solicitada, pudiera admitirse para individuos solo en tiempos de paz, mientras que al delincuente que realiza el mismo acto en tiempo de guerra sí sería siempre responsable de su persecución o extradición.

¹¹³³ Esta idea se recoge en el art. 5.2 de la *ley francesa de extradición de 10 de marzo de 1927* a sugerencia del I. D. I en 1885 y tiene como precedente la Decisión de la Corte de Apelación de *París*, de 17 de octubre de 1979, sobre la extradición de un movimiento de las Brigadas Rojas acusado del asesinato de *Aldo Moro*.

¹¹³⁴ **Lo que no significa que no se tenga en cuenta el terrorismo.** Vid. Arts. 33 y 34 del IV Convenio de *Ginebra*, donde utiliza expresamente la palabra “terrorismo”; así también el art.75.1 del I Protocolo y arts. 4.2 y 13.2 del II Protocolo, o en los arts.3 común a los cuatro Convenios de *Ginebra*, el art.12 del I y II Convenio de *Ginebra* y el 13 del III Convenio de *Ginebra*. Asimismo, como apunta **ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.** (2000).Ob. cit. , la aplicación del D. Humanitario a las manifestaciones terroristas ha estado presente en las Conferencias de *Nueva Delhi, Madrid, Belgrado* en 1980 y *Montreal*; se asumió, por fin, por el llamado Grupo de los dieciséis (Estados) - perteneciente al *bloque afroasiático* que propugnaba un concepto jurídico-político y no normativo (como el *bloque occidental*) de terrorismo- al presentar ya en 1972 a la VI Comisión de la Asamblea General de N.U un Proyecto aprobado contra el terrorismo: la Resolución 3034 de 1972, que fue aprobada por 76 votos a favor, 34 en contra y 16 abstenciones.

¹¹³⁵ Este apartado, publicado en noticias jurídicas, ha sido recogido en Bibliografía de la Tesis Doctoral de **CANO SOLER, M^a Á** (2014). *La protección de los derechos y garantías de las víctimas en la mediación penal*. Directora: D^a Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos. Departamento de D^o Penal y Editora de la Universidad de Granada, programa de D^o Penal y política criminal. Granada, ISBN: 978-84-9083-132-8.

XXII.I. Preceptos estudiados

Hacemos aquí una consideración previa relacionada con su fuente de obtención*: cuando en este trabajo hablemos de “artículo”, nos referiremos al precepto que corresponda del Estatuto de Roma; cuando hablemos de Regla, nos referiremos a la que corresponda de las Reglas de procedimiento y Prueba.

En el Preámbulo del Estatuto¹¹³⁶ de Roma, Tratado por el que se instituye (art.1) esta Corte (en adelante TPI), se tiene en cuenta que en el siglo XX “*millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad*”. Según Regla 85, letra a), de las Reglas¹¹³⁷ de procedimiento y prueba se entiende por “*víctimas*” las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia¹¹³⁸ de la Corte así como, según la letra b), las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a algunos de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

El castigo de esos crímenes, se dice, contribuye a la prevención internacional de su posible comisión posterior, motivo por el cual se estipula el “*deber estatal*” de proceder penalmente contra sus responsables. Las cuestiones prácticas que se pueden plantear se cifran en saber si *¿es la complementariedad (subsidiariedad) de intervención del TPI, respecto de las jurisdicciones nacionales, un seguro de protección de tutela judicial efectiva para las víctimas?, ¿pueden éstas ejercer la acusación particular en las jurisdicciones nacionales y, por tanto, preferir¹¹³⁹ antes el Juez local?, ¿cómo sería su intervención en otros foros*

* Para la normativa aquí invocada puede consultarse Edición de **PIGNATELLI Y MECA, F.**(2003). *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios*, MINISDEF, Madrid. En cuanto a los preceptos estudiados son los siguientes: **El Estatuto de Roma y sus Reglas de procedimiento y prueba. Derecho interno: Arts.23.2.e) y 23.4.g) de la LOPJ. Derecho comunitario: Arts.54 y 55 del Convenio de Aplicación del Acuerdo comunitario de Schengen. Derecho Internacional Público: Art.10 de la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y personal asociado de 9 de septiembre de 1994, ratificada por España en Instrumento de 11 de noviembre de 1997.**

¹¹³⁶ Aprobado en Roma el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas (A/Conf.183/9, 17.VII.98).

¹¹³⁷ **DOC.PCNICC/2000/INF/3/ADD.1**, de 2 de noviembre del 2000.

¹¹³⁸ *Vid. Art.5* del Estatuto.

¹¹³⁹ Es uno de los problemas del “*forum shopping*”. Por otro lado, pensemos que en STC 179/2004, de 21 de octubre del 2004 el Tribunal Constitucional español ya se ha pronunciado definitivamente respecto a la admisibilidad de la acusación particular en la jurisdicción militar incluso en aquellos supuestos donde hasta ahora estaba prohibida por razones de disciplina: cuando entre el agente y el perjudicado militares había una relación jerárquica directa, caso en el

judiciales internacionales Ad Hoc?, ¿cuáles las razones de su diferencia en su caso?, ¿Pueden sustituirlas alguna entidad y en calidad procesal de qué?, ¿cuál sería la garantía de su representatividad?, etc.

XXII.II. Consideraciones previas y la problemática del estatuto general, estatal e internacional, sobre las víctimas

XXII.II.1. El papel procesal principal de la víctima ante el TPI

A pesar de su complementariedad respecto a la jurisdicción nacional, toda víctima de un crimen “**de genocidio**”, “**de lesa humanidad**”, “**de guerra**” o “**de agresión**” (art.5.1), de los que hasta la fecha en que se confecciona este apartado¹¹⁴⁰ sólo son operativos para el TPI los tres primeros, tiene la garantía de que el TPI es una *institución permanente* (art.1) relativamente¹¹⁴¹ onusiana y, a la vez, facultada para ejercer su jurisdicción *en cualquier Estado* (arts.4.2 y 11.2 y 12.3) sobre personas respecto de tales “megadelitos”¹¹⁴² (que ya se encuentran así internacionalmente también tipificados). La víctima *por sí sola* no tiene

que solo el Ministerio Fiscal podía actuar. Vid. Anexo I. *Nos preguntamos con ocasión de esta nueva Doctrina constitucional: ¿Hasta qué punto esta doctrina del TC casa con la coherencia procesal que debe de existir entre la jurisdicción nacional penal –la castrense, que juzga crímenes de guerra- y el TPI –que también los juzga-? ¿Es de recibo, para respeto de esa coherencia, que en la nacional no haya monopolio de la acción penal por el Fiscal y en el TPI sí, incluso en este último caso para crímenes que no son solo de guerra? ¿No se estará olvidando hoy que un Tratado –el Estatuto de Roma- firmado por España es de rango jerárquico superior a cualquier Ley (y la interpretación debida de Ella) según lo prevenido por el art.10.2 de la Constitución puesto en relación con su declarado ius internacionalismo (arts.94 y ss.), lo que justificaría no solo en aquel caso el monopolio del Fiscal en la acción penal para crímenes de guerra, o bastará por el contrario considerar el carácter subsidiario de la jurisdicción del TPI respecto a la nacional para posibilitar en la práctica esa doctrina sin reproche alguno de la necesaria coherencia procesal y jurisdiccional: la nacional con la internacional.? Si la solución es esta última, creemos que las garantías de los derechos de las víctimas en el TPI son menores a las de nuestra jurisdicción nacional, luego la coherencia procesal entre jurisdicciones nos obliga a posicionarnos a favor de reformar el Estatuto anulando el monopolio del Fiscal en el ejercicio de la acción penal, y no solo en crímenes de guerra.*

¹¹⁴⁰ La Conferencia de revisión del Estatuto que tuvo lugar en *Kampala (Uganda)* durante los meses de mayo y junio de 2010 adoptó por consenso la **Resolución RC/Res.6**, relativa al crimen de agresión, que suprime el **art.5.2 del Estatuto**, que contempla que la Corte ejercerá su competencia respecto a ese crimen una vez que se apruebe una disposición en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Se introducen al respecto **los nuevos art.8bis**, que define el crimen de agresión, el **art.8.bis.2**, donde enumera sus supuestos, **y los arts15 bis y 15 ter** para que la Corte ejerza la competencia. La ratificación de esas enmiendas por España tuvo lugar por Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las Enmiendas del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en *Kampala (Uganda)* el 10 y 11 de junio del 2010. Vid. BOD nº 184 de 22 de septiembre de 2014. Págs. 22493-22497, trasunto del BOE nº 227 de 18 de septiembre de 2014.

¹¹⁴¹ Solo vinculada con un Acuerdo con la ONU (art.2).

¹¹⁴² *Core crimes*. Sobre el concepto de crimen Vid. **ACOSTA ESTÉVEZ, J B.** (2000). “*Estructura orgánica y la composición personal de la Corte Penal Internacional*”, en *La criminalización de la barbarie: La Corte penal Internacional*. (Ob., cit.) Premio Rafael Martínez Emperador. 1999.CGPJ.Madrid.

capacidad procesal de obrar para, en ejercicio de la competencia del TPI (art.13), remitir directamente (denunciar) una situación de comisión criminal¹¹⁴³.

XXII.II.2. El papel central del Estado para conseguir su tutela: el perjudicado

En relación a este último aserto transcrito en cursiva nos preguntamos: *¿No lo es siempre¹¹⁴⁴ al tratarse de delitos tan graves en la medida en que forma parte de la Comunidad Internacional?*

Si la respuesta es afirmativa, y *creemos* que así debemos responder, la consecuencia es que cualquier Estado de Derecho, para conseguir el castigo del culpable y evitar la impunidad no sería necesario llegar al extremo de que fuese la propia víctima o su familia quien remitiera la situación al Fiscal del TPI, sino que el propio Estado perjudicado del que aquélla sea nacional, *ya sí con capacidad procesal de obrar*, denunciara en su caso (atendiendo a los antes referidos nexos de jurisdicción) expresamente (y por lo menos) al TPI la situación para, además, velar por los derechos de todas sus víctimas hasta la extenuación. De lo que se sigue que si la víctima ha remitido al Fiscal del TPI la situación es porque puede haber algún caso (pensemos en un futuro en un caso de terrorismo de Estado, por ejemplo) donde a su juicio la vía gubernativa o judicial estatal no ha hecho nada para ello, esto es, que su Estado por sí mismo no ha acudido a reparar la impunidad por el principio de universalidad u otros recursos procesales en su Derecho interno previstos (la extradición o, en su caso, el principio grociano “*aut dedere aut iudicare o punire*”). Y sin perjuicio de que fuera Parte del Estatuto, que también por sí mismo ese Estado es una vía que puede¹¹⁴⁵ agotar. Ello sería

¹¹⁴³ Teniendo en cuenta que en el TPI no hay una jurisdicción universal sino que, salvo el caso excepcional de actuación del Consejo de Seguridad, está supeditada en principio a cualquiera de los dos cumplimientos de los nexos jurisdiccionales (“*condiciones objetivas de procedibilidad*”) previstos en el art.12.2 (que “*El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiera cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave*”, o “*El Estado del que sea nacional el acusado del crimen*” sean Estados Partes del TPI), la única forma en que bajo la forma de denuncia penal propiamente dicha puede serle llegada la *notitia criminis* es a través de un Estado Parte, el Consejo de Seguridad o el Fiscal. A nuestro juicio este último, por estar sujeto al principio de legalidad, es en la práctica probablemente el más plausible de todos los que sí tienen esa capacidad procesal, *a no ser que la víctima lo sea de un delito donde el perjudicado sea también el Estado (pensar sobre todo en los casos donde la víctima lo es en calidad de representante de aquél) y la propia Comunidad Internacional.*

¹¹⁴⁴ Al menos los crímenes contra la humanidad, según **CARRILLO SALCEDO Y GUTIÉRREZ ESPADA, C** (2000).Ob. cit. Vid. p.125 y ss. (“*Los condicionamientos políticos y limitadas competencias del TPI*” REDEM n.75), afectan incluso a toda *la Comunidad Internacional*, no solo a los ciudadanos de un Estado o familia de la víctima.

¹¹⁴⁵ **Art.14 del Estatuto.** Para el caso de *España* Vid. **Ley O.18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional.** De su lectura aquí concluimos que cuando la denuncia la hace *España* la competencia exclusiva concreta para ello es del Gobierno “*en razón a las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior*” (quinto párrafo de la Exposición de Motivos puesto en relación con el art.7). El **art.4** de esta norma señala las autoridades competentes para su aplicación. Si el remitente de la situación que se pretende denunciar acude a ellos en calidad

síntoma, siempre *a nuestro juicio*, del poco¹¹⁴⁶ respeto que, no ya a las (en su caso) inactivas ONG, sino que a ese Gobierno, o a las instancias judiciales estatales también en su caso, le podrían merecer los derechos de cualquiera de sus conciudadanos que pudieran ser víctimas de las atrocidades sufridas.

XXII.II.3.La jurisdicción estatal

Por tanto, *dejando a un lado supuestos tales como que estemos hablando de Estados fallidos o en aquellos donde haya terrorismo de Estado*, para suplantar su falta de capacidad procesal de obrar es vital, de nuevo siempre *a nuestro juicio*, el adecuado ejercicio de la acción penal de al menos un perjudicado, así entendemos que el Estado¹¹⁴⁷ en cuanto sujeto reconocible por la Comunidad Internacional. Por otro lado, observamos que la jurisdicción del TPI no interviene todavía¹¹⁴⁸ actualmente en casos de terrorismo y narcotráfico, ni cuando el Estado del que fuese nacional la víctima no fuese Parte¹¹⁴⁹ y no se cumplan los nexos citados, toda vez que el espíritu del constituyente del TPI fue respetar la soberanía estatal y, se dice¹¹⁵⁰, teóricamente existen mecanismos alternativos de tipo político para obligar a un Estado al respeto de los derechos humanos (*Cap.VII* de la Carta de Naciones Unidas, ex art.41), lo que no quita que se puedan producir casos de auténtica impunidad por muchas y variadas razones: por interés político distinto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, con el poder que les da su derecho de veto; por falta de su publicidad en Estados de tercer mundo, sólo conocidos desde el momento en que ya alcanzan un grado notoriamente alarmante; o por la ocultación de la trama propia de la actividad criminal (su clandestinidad). Incluso hasta hace poco lo hemos visto, aquí sí, diariamente en *el caso de Iraq*¹¹⁵¹. Pensemos, por ejemplo, respecto a esta situación aquí criticada

de particular, y no bajo la calidad de ser representante del Estado, las autoridades solo le informarán de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte. De ahí que, en cualquier caso, hayamos dicho que la vía directa de acudir a Éste directamente sea más plausible que las otras dos.

¹¹⁴⁶ Por ejemplo, pensamos en el caso de la Operación Cóndor y su infraestructura de impunidad mediante "*La cofradía*".

¹¹⁴⁷ Vid. Anexo I.

¹¹⁴⁸ Su futurible previsión en Resolución E del Anexo I del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

¹¹⁴⁹ Salvo que como Estado cooperante para un caso concreto así lo acordara con el TPI.

¹¹⁵⁰ Para **ESCOBAR HERNÁNDEZ, C** (2000) "*Algunas reflexiones sobre el TPI como organización institucional*", REDEM n.75, p.174, y en *Crimen Internacional y Jurisdicción universal. El Caso Pinochet*. Ed.Tirant Lo Blanch.Valencia. Pp.227-237), entre varias de las razones que apunta para que el TPI naciera por Tratado está precisamente el aval que supone obtener de los Estados su propia voluntad de una cesión de soberanía en materia de *ius puniendi*, posición respetuosa que no se debe minusvalorar.

¹¹⁵¹ Todo el que se encuentre allí puede ser en su caso víctima indefensa ante el TPI de un delincuente iraquí o de otro norteamericano, principales implicados del reciente conflicto, porque ninguno de ambos países son Estados Parte del TPI hasta el momento. Por otro lado, quizás en la mentalidad de la autoridad judicial competente del país de esa víctima, el mero hecho de que ese Estado no forme parte del TPI, y a pesar de que se sea consciente de que haya una parodia de juicios locales para situaciones donde sí es muy factible que las víctimas (por lo menos los no nacionales) de ese país no tengan garantizada la expectativa de que se cumpla una Justicia

el caso de los damnificados por la emboscada de nuestros agentes (funcionarios) del CNI en Noviembre del 2003 en una carretera bagdadí, donde a nuestro juicio un perjudicado a nivel Internacional es España; así se manifiesta el perjuicio en el detrimento de la confianza de seguridad jurídica de sus soldados en Misiones o del personal civil que sigue a las Fuerzas Armadas en Ellas y, por extensión, hasta de la propia *Comunidad Internacional*, cuando ve que aquellos que realizan Misiones de Paz pueden así no tener garantizada ningún tipo de inmunidad *en la práctica* por culpa no ya de la admisión legal¹¹⁵² de la figura del guerrillero irregular, si no, precisamente por su ambigüedad, del auténtico terrorista, sino de la inactividad estatal por rebatir internacionalmente esa postura y en defensa de perseguir una tutela judicial *efectiva* de los suyos. Ello por ser España la perjudicada, *según nuestra opinión*¹¹⁵³, en un caso de terrorismo en un conflicto bélico formalmente finalizado, o si así se interpreta, cuando menos en el contexto de una guerrilla donde nuestros “espías”, *item mas*, no todos fueron pasados por las armas (se salvó uno) ni tampoco le fueron respetados los mínimos derechos humanos exigibles en virtud de la cláusula (o Preámbulo) Martens (art.3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949). Esto nos puede llevar a la reflexión, en definitiva, de que la Justicia está, de hecho y no de Derecho, a veces supeditada al vaivén de la oportunidad simplemente política, del miedo o del gusto social ocasional. Incluso desde el punto de vista exclusivamente técnico del Derecho Penal Internacional cabría pensar que, pese a la pena irrisoria en su caso impuesta en un juicio celebrado en el extranjero, el principio *non bis in idem* impediría su nueva celebración en el Estado interesado. Pues bien, se trataría de un pensamiento erróneo ya recientemente calificado porque, ciertamente, en *España* el alcance de dicho principio, de acuerdo con la Sala Segunda de nuestro Alto Tribunal, en Sentencia de fecha 22 de Diciembre del 2003, donde fue ponente *Enrique Bacigalupo Zapater*, en interpretación del art.23,2 e) de la LOPJ, no llega a tener un efecto transnacional, de modo que incluso en relación con las normas que rigen la mayoría de los Estados miembros de la Unión *Europea*, asimismo igualmente previstas para casos donde las sanciones de que se tratan son extracomunitarias, sí sería en estos casos posible un “*bis in idem*” al no formar parte aquel principio del de legalidad, lo que no impediría que, realizado de esta forma (sin ningún obstáculo jurídico) un nuevo juicio de los mismos hechos por el Estado interesado, según se ha dejado dicho, de acuerdo con los principios de

efectiva para la persecución de culpables, bien por su colapso, bien por la situación del país, anula la mínima posibilidad de que el Estado de nacionalidad de la víctima ejercite en la práctica el principio de jurisdicción universal, la solicitud de extradición o la exigencia de cumplimiento real del principio “*aut dedere aut iudicare(o punire)*”; es decir, por el hecho de que, precisamente con más razón, *a nuestro juicio* tendrían que aplicarse tales recursos procesales de nuestra legislación para evitar la más que segura impunidad del culpable.

¹¹⁵² Art.43 del I Protocolo de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949.

¹¹⁵³ Basada en el sector doctrinal de **HAILBRONNER, KAY.** (1982) “*Terrorismo Internacional y Leyes de la guerra*”, German Yearbook of Internacional Law. Ob. cit. Vol.25.

culpabilidad y proporcionalidad que ya sí son propios de tener en cuenta a la hora de resolver sobre la pena, sin embargo, a ésta sí que se le debiera descontar la ya impuesta en el extranjero.

Especial consideración de comentario merece así el fundamento jurídico cuarto de la anterior Resolución por la importancia que tiene, a efectos de atribución de jurisdicción, la Teoría¹¹⁵⁴ de la ubicuidad en la lucha antiterrorista, la interpretación¹¹⁵⁵ del art.23.2.e) LOPJ conforme a STC 2/2003, y que es coincidente¹¹⁵⁶ con las normas que rigen en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) y su jurisprudencia¹¹⁵⁷ al respecto del TJ.

XXII.II.4. El especial caso de las víctimas de terrorismo en conflictos bélicos

El realismo del orden internacional mundial implica que, a nivel práctico, hay discriminación entre víctimas (“de primera y de segunda”) no sólo en función de su distinta nacionalidad, o de la coyuntura política de su propio país, sino de las potencias que, en su caso, estén implicadas en un conflicto como el que hemos puesto como ejemplo; o por considerar que no cabe el terrorismo hasta en un contexto de situación bélica. *A nuestro juicio* esto último es un absurdo de la Justicia “universal” que se pretende. Por otro lado, además de que, por lo menos según cierto sector doctrinal¹¹⁵⁸, se entiende que el actual Derecho Internacional de los conflictos armados contiene por sí mismo una obligación de establecer jurisdicción universal incluso sobre los criminales de guerra, si nos atenemos en ese contexto ambiental al art.10 de la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, de 9 de septiembre de 1994, a la

¹¹⁵⁴ Que refiriéndose a los antecedentes que deja sentados, consistentes en que el delito de terrorismo de participación de asociación ilícita con vistas a la preparación de tal delito por el que el etarra recurrente fue sancionado en *Francia*, en virtud de la teoría de la ubicuidad lo entiende asimismo cometido en territorio español, de suerte que el delito de pertenencia a banda armada no depende del lugar en que se halle la persona que pertenece a la banda, sino que se reputará ejecutado en todos los lugares en los que la banda opera como tal.

¹¹⁵⁵ Vid. Anexo I.

¹¹⁵⁶ Por lo pronto, *en el Derecho de los Estados miembros de la UE predomina la limitación de los efectos del principio ne bis in idem solo al ámbito interno de cada Estado. Por el contrario, respecto de las Sentencias dictadas en el extranjero los Estados miembros prevén mayoritariamente la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento, en el que, sin embargo, se deberá computar la pena sufrida en el extranjero* (ver: *Alemania*, S 57 CP; *Bélgica*, art.13 Cod. De Instr.Criminal; *Italia*: arts.7 y 138 CP; *Francia*, art.692 Cod.proc.Penal; *Luxemburgo*, art.5 Co.Inst.crim). Por consiguiente, en estos Estados es posible un *bis in idem*, aunque, como se dijo, la Sentencia dictada en el nuevo juicio deberá descontar de la pena que se imponga la ya impuesta en el extranjero.

¹¹⁵⁷ Casos *Gutmann* (*Gutmann c/ Comision CEEA (asuntos acumulados 18/65 y 35/65) sentencia de 5 de mayo de 1966*), *Walt Wilhelm*, *sentencia de 13 de febrero de 1969*, *Boehringer Mannheim/Comisión*, *Sentencia de 15 de julio de 1970*. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de Febrero de 2003, asuntos acumulados C-187-01 (*Caso H.Gozutok*) y C-385-01 (*Caso k Brugge*) no alteró esa jurisprudencia.

¹¹⁵⁸ Así **HAILBRONNER, KAY**. (1982).Ob. cit. Vol.25.

que el Reino de *España* está adherido por Instrumento¹¹⁵⁹ de ratificación de 11 de diciembre de 1997, bajo la rúbrica de “*establecimiento de jurisdicción*”, además del deber de notificarla al Secretario General de Naciones Unidas y de no excluir ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional, es decir, incluso la militar en su caso, entre las condiciones objetivas de procedibilidad o nexos de jurisdicción para que un Estado active el principio de jurisdicción universal con ocasión de una Operación de Paz ONU requiere: a) Para la adopción de medidas necesarias de su conocimiento *con carácter obligatorio* por un Estado distinto al del lugar de los autos: ora que el delito se cometiese en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese estado, ora que el presunto culpable sea nacional de ese Estado. b) Para la adopción de medidas de su conocimiento, *ya con carácter ahora sólo potestativo*, que el presunto culpable sea un apátrida residente habitual de ese Estado, que *la víctima sea nacional de ese Estado*, o que sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa¹¹⁶⁰.

XXII. III. El régimen positivo de las víctimas en el estatuto de Roma

XXII.III.1. La víctima en la fase de investigación del Fiscal

XXII.III.1.1. Las observaciones que puede realizar y III.1.2. Su posible interrogatorio anterior

El 15.3, segundo inciso, dice que sólo después de que el Fiscal haya concluido que existe fundamento para abrir una investigación y así haya presentado su petición de autorización al respecto, “*las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba*”, ello sin perjuicio de que con anterioridad, y por haberlo dispuesto el Fiscal (art.53.3.b) en el inicio de su investigación preliminar, pueda a su instancia haber sido citado en calidad de compareciente ante Él para ser interrogado, de la misma forma que los testigos o las personas objeto de investigación en su caso. Sólo en caso de que con ello se ponga en peligro la integridad de la investigación o la vida, o bienestar, de las víctimas y los testigos, el Fiscal podrá decidir que el interrogatorio no se haga.

¹¹⁵⁹ Publicado en BOE de 25 de mayo de 1999, num.124. Entró en vigor en Enero del 2000 y la fecha de su depósito fue el 13 de enero de 1998

¹¹⁶⁰ Por tanto, entendemos que sobre la base de un Tratado, si hay un Estado refugio permisivo de la impunidad por no acceder a la extradición España internacionalmente (de acuerdo con esa Convención ONU) podría intentar, de forma obligatoria para sus órganos judiciales competentes, conocer judicialmente del asunto en virtud de la aplicación del principio de universalidad por existir como simple nexo **un interés nacional** (el mero hecho de que la víctima de un atentado tuviera la nacionalidad española, lo que comporta el pleno desarrollo del derecho a una tutela judicial efectiva constitucionalmente consagrado). Tras la reforma de ese precepto, según vimos, es un recurso que por lo menos cabe en favor de las víctimas españolas.

XXII.III.2. Los derechos e incidencias del interrogatorio

En cualquier caso tiene derecho procesal: 1.A que su información y levantamiento de actas del interrogatorio queden protegidas confidencialmente (**Art.53.3.e y Regla 46**). 2. Puede estar acompañado de letrado. 3. Cabe su renuncia expresa y constatada en acta. 4. Se prevé la posibilidad de la grabación de su interrogatorio (**Regla 112**) en este supuesto de forma imperativa, aunque como incidencias del interrogatorio. 5. *Cabe su oposición* y entrevista previa y privada separada al respecto con su abogado. 6. Su suspensión debidamente constatada para su posterior reanudación. 7. La aclaración de su declaración al final. 8. Y a que se haga constar la duración de la diligencia obteniendo copia debidamente sellada.

XXII.III.3. Las precauciones del Fiscal

XXII.III.3.1. Las del grupo de víctimas y de su dependencia y XXII.III.3.2.Las de testigos por su persona

Según la **Regla 49** el Fiscal se asegurará con prontitud de evitar todo peligro para su seguridad, bienestar e intimidad, lo cual redundará además en la integridad de las investigaciones o acusaciones, dándosele a la víctima en la misma notificación de citación la posibilidad de presentar información adicional sobre la misma situación cuando haya hechos o pruebas nuevos. El grupo de víctimas del que a lo mejor la víctima pueda formar parte y la *Dependencia de Víctimas y testigos*, tendrán función meramente auxiliar de asistencia cuando así lo recabe el Fiscal potestivamente y según su criterio.

XXII.III.4. La Audiencia ante la Sala de Cuestiones preliminares

Incluso después de las observaciones, ya ante la *Sala de Cuestiones preliminares*, ésta puede celebrar una audiencia (**Regla 50.4**), debiéndole notificar -una vez celebrada- la decisión a las víctimas que las hayan formulado¹¹⁶¹. Según el segundo inciso del **art.19.3** del Estatuto las víctimas, al igual que los remitentes de la situación, y a diferencia del acusado, “*en las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad podrán presentar asimismo observaciones a la Corte*”, si bien, al acusado se le permite con posterioridad impugnar normalmente una sola vez (**art.19.4**) la admisibilidad de la causa o de la competencia por la Corte, bien antes del juicio o a su inicio, o recurrir por ello en apelación a la *Sala de Apelaciones* sólo una vez confirmados los cargos.

¹¹⁶¹ La posibilidad de negativa de iniciar una investigación, no obstante, y dejando a un lado el excepcional supuesto previsto en el **art.16** del Estatuto (suspensión de la investigación o enjuiciamiento a instancia del Consejo de Seguridad), ya podría en su caso haber sido adoptada con anterioridad por el propio Fiscal, que no la citada Sala jurisdiccional, puesto que el **art.15.6**, así lo avisa siempre que su conclusión sea la de que la información presentada “*no constituye fundamento suficiente*” para una investigación, y así lo informará a quienes la hubieren presentado, a no ser que nuevos hechos o pruebas le hagan cambiar su criterio.

XXII.III.5. La vía indirecta de su pretensión de recusación de magistrados

La víctima, al no ser parte procesal, no puede recusar magistrados (art.41 *a sensu contrario*), teniendo como única alternativa para poderlo conseguir la vía indirecta¹¹⁶² de sugerirlo al Fiscal, por lo que no depende de ella su propuesta. Por otra parte, la relación que la víctima pueda tener con el Fiscal no debe ser la de estar esta figura al sometimiento de instrucciones de aquélla porque, además de actuar de forma independiente (**art.42.1**) el Estatuto dispone expresamente que “*los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajena a la Corte*” o que (**art.42.7**) “*El Fiscal o fiscales adjuntos no participarán en ningún asunto en que, por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad*”, no teniendo la víctima tampoco capacidad procesal de parte para proponer por ello su recusación.

XXII.III.6. La citación de comparecencia ante el Fiscal en la Fase de investigación y enjuiciamiento**XXII.III.6.1. Su forma XXII.III.6.2. Sus derechos, y XXII.III.6.3. Protección y precauciones como prueba válida**

Durante la fase de investigación y enjuiciamiento la víctima que haya sido citada por el Fiscal previamente a comparecer por motivo de recabar una prueba de oportunidad única, “*a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares ordene otra cosa*”, tiene en virtud del **art.56** el derecho de poder pedirle al Fiscal que le proporcione la información correspondiente “*a fin de que pueda ser oída*”, esto es, un derecho a la audiencia posterior y con información facilitada por el Fiscal. Entendemos, por tanto, que esa audiencia lo es ante el Fiscal y con permiso otorgado para ello por la *Sala de Cuestiones preliminares*, toda vez que no deja de ser su declaración una prueba más. No obstante, en este caso el acusado puede ignorarlo y no se contempla un derecho inmediato a la contradicción, por lo que para no dejarle indefenso debería de dársele ese derecho al menos en fase posterior y prever por el Fiscal o la *Sala de Cuestiones preliminares* que ello pueda

¹¹⁶² Esta vía indirecta, *a nuestro juicio*, en última instancia deja procesalmente a la víctima un tanto indefensa y discriminada con respecto, sobre todo, a la figura del acusado, quien como vimos también puede recusar magistrados, o a expensas de que el Fiscal solo pueda ser recusado por aquél y sin tener derecho aquí a realizar ni siquiera ninguna observación sobre esa cuestión, toda vez que ésta la hará el propio Fiscal afectado (**art.42.8.b**). Quizá la única vía que tenga para contrarrestar esa desventaja en su caso sea la de recurrir a *la Dependencia de víctimas y testigos de la Secretaría* (**art.43.6**), si bien la consulta con la Fiscalía al respecto parece obligatoria, al menos como trámite preceptivo y entendemos que, por lógica, no vinculante. No obstante, el Estatuto prevé el deber del Fiscal (**art.54.1.b**) de adoptar medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación, a cuyos efectos debe también de respetar, por un lado, los intereses y circunstancias personales de las víctimas, así su edad, género, salud, la naturaleza del crimen, en particular el de violencia sexual, violencia por razón de género y violencia contra niños, y por otro (**art.54.1.c**), respetar *plenamente* sus derechos como persona, es decir, *a nuestro juicio* también la voluntad de las víctimas o de su representante legal en su caso.

ser posible. En caso contrario, en juicio y por ponderación de la *Sala de Primera Instancia* podría ser una prueba no admisible para su práctica por aplicación de lo dispuesto en el inciso final del art.69.2, esto es, salvo que la medida de declaración testifical no redunde en perjuicio de los derechos del acusado ni sea incompatible con éstos, bien por haber sido obtenida como resultado de una violación de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas (art.69.7), bien porque (a) esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de la prueba, o (b) su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él, o en cualquier caso se considere también impertinente con arreglo al art.69.8 y con arreglo a esa razón.

Asimismo, a través del Fiscal, la Secretaría de la Corte o la *Dependencia de víctimas y testigos*, la víctima puede dirigirse a la *Sala de Cuestiones preliminares* a fin de que ésta potestativamente, cuando así lo considere necesario (**art.57.3.c**), le asegure su protección y el respeto a su intimidad, o le adopte *fomus bonus iuris* la medida cautelar que solicite contra el acusado, así la de un decomiso, y que en última instancia le redunde en su beneficio (**art.57.3.e**).

XXII.III.7. La posible comparecencia en la audiencia de confirmación de cargos de un acusado

Entendemos que tras la entrega de una persona detenida a la Corte o su comparecencia voluntaria ante ésta en calidad de implicado o sospechoso, respecto a la audiencia de confirmación de cargos antes del juicio prevista en el **art.61** del Estatuto, y aunque diga que aquella “*se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor*”, no prohíbe que pueda estar presente la víctima o su representante legal (utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación), por lo que atendiendo a lo dispuesto en el último inciso del número 5 del mismo precepto (“(...) *y no será necesario que llame a los testigos que han de declarar en el juicio*”), aunque no lo diga expresamente, la víctima tendría *a sensu contrario* derecho a pedir su presencia con carácter facultativo y a través del Fiscal o la Secretaria de la Corte, al menos, en calidad de testigo y como una prueba más a valorar por la Sala en orden a la confirmación de los cargos contra el acusado¹¹⁶³.

¹¹⁶³ En la práctica hay que tener en cuenta el principio general de la **Regla 86**, esto es, que una Sala, al dar una instrucción o emitir una orden y todos los demás órganos de la Corte al ejercer sus funciones con arreglo al Estatuto o a las Reglas, tendrán en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos de conformidad con el **art.68**, en particular los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género, y, por otro lado, que según la **Regla 89**, para formular sus opiniones y observaciones, las víctimas o una persona que actúe con su consentimiento o en representación de ella en caso de tratarse de un menor o incapaz, deberán de presentar su solicitud escrita al Secretario de la Corte, que la transmitirá a la Sala que corresponda, dando copia de ella al Fiscal y a la defensa, que tendrán derecho a responder.

XXII.III.8. El juicio. La necesidad imperativa de su consentimiento para la asistencia y el respeto del principio de igualdad de armas

Ya en el juicio, al estipular cuáles son las funciones y atribuciones de *la Sala de primera instancia*, el **art.64** estipula que, además de tener que velar por que el juicio sea justo y expedito, tendrá debidamente en cuenta la protección de las víctimas (Puntos 2 y 3, letra e), protección cuya forma viene desarrollada en la **Regla 87**¹¹⁶⁴. La posibilidad que la víctima tiene para interrogar a un testigo la tiene nombrando a un representante legal¹¹⁶⁵. Según el **art.65.4**, a modo de protección reforzada y por vía indirecta, *la Sala de Primera Instancia*, teniendo en cuenta el particular interés de la víctima, puede pedir al Fiscal la presentación adicional de pruebas (similar a las diligencias procesalmente –LEC- subsidiarias de “mejor proveer” en el Derecho español) para conseguir una presentación más completa de los hechos de la causa.

En cuanto a la protección de las víctimas hay que destacar las precauciones¹¹⁶⁶ del Estatuto de un juicio justo.

XXII. IV. La reparación

Respecto a *la reparación* de las víctimas, éstas pueden pedir ya a *la Sala de Cuestiones preliminares* que solicite determinar medidas al respecto (**Regla 99**). El **art.75** prevé con carácter imperativo que la Corte deba de establecerla incluyendo la restitución, la indemnización y la rehabilitación a la víctima o su

¹¹⁶⁴ Cualquier medida que al respecto se adopte, que podrá serlo con una audiencia a puerta cerrada, la Sala deberá previamente haber recabado su consentimiento y deberá respetar el principio de contradicción al Fiscal y a la defensa cuando la medida haya sido solicitada por la propia víctima, solicitud que además puede hacerla en sobre sellado, forma en la que también se le dará cumplida respuesta. El contenido de la medida, dejando a un lado las especiales de la **Regla 88**, puede consistir en borrar su nombre del expediente público de la Sala para evitar su identificación y puesta en peligro, que se prohíba al Fiscal, a la defensa o a cualquier otro participante en el procedimiento divulgar una determinada información a un tercero, que su testimonio se preste por medios especiales (p.ej. en televisión por circuito cerrado y distorsionando la voz), o que se utilice un pseudónimo o la sesión a puerta cerrada.

¹¹⁶⁵ Éste debe de pedir expresamente ese deseo de conformidad con la **Regla 89** y con expresa solicitud a la Sala (**Regla 91, letra a**)), que, en caso de admitirse y antes de resolver, la Sala podrá pedirle que presente su pliego de preguntas para que, a continuación, por lo menos el Fiscal formule observaciones, pudiendo recibir instrucciones de la propia Sala acerca del orden y la forma en que se harán las preguntas. En cuanto a los derechos de notificación de las víctimas vienen desarrollados en la **Regla 92** a cuya lectura simplemente nos remitimos para evitar aquí su reproducción.

¹¹⁶⁶ El **art.68** prevé expresamente en el último inciso del primer punto que las medidas que se adopten al respecto “no podrán redundar el perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos”, expresión que asimismo recalca otra vez en su punto 3 cuando tenga en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas, o, ya en la práctica de la prueba, en el inciso final del **art.69.2**. sobre su rendición y el **art. 69.7 letra b**) en cuanto a su admisión.

causahabiente, de forma que sobre esas bases determinará el alcance y magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios sufridos¹¹⁶⁷.

XXII. V. Los recursos expresamente previstos

XXII. V.1. La regla general

En materia de recursos las víctimas no pueden apelar por sí solas el fallo absolutorio o condenatorio o de la pena al no tener la cualidad de parte, pudiéndolo hacer el Fiscal.

XXII. V.2. La excepción que la confirma

No obstante, el **art.82.4** sí le otorga a las víctimas, a través de su representante legal, una facultad procesal *expresa* de poder apelar *la decisión por la cual se conceda reparación*.

XXII.V.3. El plazo de su interposición y su posible prórroga

Un mes¹¹⁶⁸.

XXII.V.4. El procedimiento del recurso

Normalmente por escrito¹¹⁶⁹.

XXII.VI. La protección a nivel de cooperación internacional y de asistencia judicial

Por último, cuando en materia de cooperación internacional y asistencia judicial la Corte la requiera de un Estado Parte, el **art.87.4** prevé que pueda solicitar que toda información comunicada en virtud de la presente Parte sea transmitida y

¹¹⁶⁷ Asimismo indicará, previa solicitud (en la forma que se contempla en la **Regla 94** y al comienzo del juicio), o excepcionalmente de oficio (en la forma que se contempla en la **Regla 95**), también los principios de sus fundamentos decisorios. La indemnización, individual o colectiva, podrá hacerse efectiva a través del condenado, del *Fondo Fiduciario* u otros recursos (**Regla 98**) y, antes de que adopte su decisión, la Corte podrá solicitar y tener en cuenta de la víctima las observaciones que le formule así como el Dictamen de sus peritos designados con previa solicitud al respecto (**Regla 97**). Todo ello sin perjuicio de sus derechos con arreglo al Derecho interno o Internacional y cabiendo la renuncia expresa a la reparación (**letra b) de la Regla 95**), así como su publicidad por el Secretario, el cual tendrá en cuenta para ello la información presentada por el Fiscal, en la medida de lo posible, y la posible ayuda de Estados Partes y de organizaciones intergubernamentales al efecto.

¹¹⁶⁸ Este recurso, por aplicación de la **Regla 150**, lo podrá interponer en el plazo de treinta (30) días siguientes a la fecha en que el apelante sea notificado de la decisión, aunque de haber fundamento suficiente y, así también lo entendemos por no parecer que exista prohibición, previa su solicitud, si no la de las partes, *la Sala de Apelaciones* podrá prorrogar ese plazo. La apelación será presentada al Secretario, de forma que cualquier incumplimiento de estos requisitos para su interposición, por aplicación del punto 4 de la regla aquí glosada, la decisión de *la Sala de Primera Instancia* cobrará carácter definitivo.

¹¹⁶⁹ En cuanto al procedimiento del recurso hay que tener en cuenta que normalmente se tramitará por escrito, a menos que *la Sala de Apelaciones* decida celebrar una Audiencia y que la apelación será tramitada en la forma más expedita posible, pudiendo caber que se pida que el recurso lo sea con carácter suspensivo de la decisión que se recurre o que se pida su desestimación en cualquier momento antes de dictarse Sentencia.

procesada de manera que se proteja la seguridad y bienestar físico o psicológico de las víctimas y sus familiares, al igual que los testigos. Esta protección, en relación con otras formas de cooperación, también se contempla a nivel más genérico en el **art.93.1 letra j)**.

XXII.VII. La crítica doctrinal y consideraciones finales

Doctrina autorizada¹¹⁷⁰ señala que el Fiscal tiene dos riesgos en su labor como consecuencia de su monopolio de la acción penal en el TPI: Una es que, como cualquiera le puede aportar información **dependa en exceso de grupos de presión** (ONGs, etc), más si cabe cuando puede dirigirse a la *Sala de Cuestiones preliminares* para reiterar sin límite la denuncia de un mismo hecho; es decir, como si tratase –intoxicando su función- de ser sólo una posible parte procesal en el Estatuto inexistente: el de una acusación particular¹¹⁷¹. Debe tenerse en cuenta que, como señala **GÓMEZ GUILLAMÓN**¹¹⁷² en el borrador del Proyecto inicial de Estatuto sólo podía denunciar un Estado Parte y el Consejo de Seguridad, mientras que la posterior contemplación de la figura del Fiscal tal como está hoy regulada en el Estatuto fue fruto de la actividad de las ONGs –así *Amnistía Internacional*- y, en España, hubo proposiciones no de ley de IU y CiU. Por su parte, **ESCOBAR HERNÁNDEZ, C**¹¹⁷³ subraya que la dimensión internacional del TPI no puede ser soslayada y se manifiesta en el plano axiológico y teleológico, así como en la configuración del Estatuto como Tratado internacional y la configuración de la Corte como Organización Internacional. Y la otra consecuencia del monopolio de la acción penal por el Fiscal, en su reverso de la anterior, consiste

¹¹⁷⁰ **LIROLA DELGADO, I & MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.** (2001) *La Corte Penal Internacional, Justicia versus impunidad*. Editorial Ariel Derecho. 1 Edición, Barcelona. P.181 *infra*.

¹¹⁷¹ Esta es una razón de peso por la que debería de haberse admitido en el Estatuto esa institución procesal de la acusación particular. De hecho, ya desde el XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal que tuvo lugar los días 5 a 10 de Septiembre de 1994, dicha Asociación se pronunció en ese sentido al manifestar sobre la víctima en su tercera Resolución que “*la persona que se considere afectada por una infracción debería tener la posibilidad de constituirse, en su caso gratuitamente, como parte “acusadora” (“parte civil” o “acusador particular”), de solicitar al Tribunal la reparación material o moral y de hacer controlar por un Tribunal u otro órgano independiente la negativa de los órganos estatales de perseguir o de instruir un proceso contra el autor del correspondiente delito (...)*”.

¹¹⁷² **GÓMEZ GUILLAMÓN.** (2000) *La instrucción (investigación) en la CPI*, en D.P. Internacional. Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Ministerio de Justicia, Madrid, p.166.

¹¹⁷³ **ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.** (2000). “*Algunas reflexiones sobre la CPI como institución internacional*”. REDEM, n.75., pp. 171-172. No se trata tan solo de reprimir comportamientos especialmente graves, sino de reprimir comportamientos que en sí mismos constituyen un ataque contra valores esenciales del ordenamiento jurídico internacional, que –en tal calidad- son dignos de protección *per se*, con independencia de que dicha protección se contemple o no en los sistemas jurídicos internos. Ese elemento teleológico ha tenido consecuencias en el Estatuto que afectan al desarrollo del proceso, entre las cuales podría estar para las víctimas su falta final de capacidad procesal de obrar para ser parte en el TPI.

en que si el Fiscal no hiciera caso a la presión mencionada considerando que, en aplicación del **art.61**, no hay merecimiento del caso en su investigación por “*no redundar en interés de la justicia*”, podría ocasionar la crítica interesada y excesiva a su figura.

En suma: Por un lado, el diseño jurídico en la equidad del sistema del TPI se resiente de crédito social por culpa de ese monopolio del Fiscal en la acción penal¹¹⁷⁴. Por otro lado, **y a modo de conclusión**, a la vista de las facultades procesales descritas en la figura de la víctima (a través de su potestativo representante legal), entendemos lo siguiente: que sin perjuicio de la permanente tutela que el Estatuto le otorga cuando, sobre todo, en materia de decisiones que el TPI ha de adoptar se trata, así como las limitadas facultades de emitir observaciones o de estar presente de forma protegida en algunas audiencias del proceso global, o la de presentar pruebas o interrogar a testigos en juicio, siempre que a través de la Secretaria así lo exprese por escrito como forma de su manifestación de voluntad y con arreglo a las condiciones estatutarias comentadas, este régimen tutelar no le equipara ni mucho menos a la figura de parte procesal con capacidad autónoma de obrar, como así pueda ser la del Fiscal, sino que *su situación ante el TPI sería, al menos por lo que a la reparación civil se refiere, una asimilable a lo que en el Derecho ritual español la doctrina procesalista suele describir como una “legitimación de posible litisconsorcio activo con carácter de coadyuvante adhesivo simple no necesario”*, y decimos asimilable por cuanto que -a nuestro juicio- hay una sola llamativa excepción de esa limitada situación procesal (a precario, por lo general, de la del Fiscal): la posibilidad estatutaria prevista en el **art.82.4** y que le otorga una facultad procesal expresa para recurrir por sí misma en apelación la decisión que la Corte adopte sobre el tema de su reparación. Por último, y a modo de corolario final de su estatuto, si lo comparamos con el de los Tribunales *Ad Hoc* de *Nüremberg*, la *ExYugoslavia* (TPIY) y Ruanda (TPIR), sólo diremos que en estos últimos la víctima sí tenía otorgada de forma expresa la condición de parte *strictu sensu* en la medida en que sus respectivos Estatutos admiten sin ambages la figura de la acusación particular.

¹¹⁷⁴ No es conveniente para el TPI que el Fiscal pueda encontrarse en el “ojo del huracán” y expuesto como único blanco de posibles críticas sistemáticas –a veces política o socialmente interesadas-. El Abogado acusador representante legal de la víctima, en tanto que parte del proceso, hubiera podido jugar un triple papel: de filtro de tales críticas, otro de colaboración con la Administración de Justicia Internacional Penal, y de servir de coartada en la satisfacción social del plano más propio que le corresponde, esto es, la acción popular a través de la simple denuncia o, como mínimo, querrela con depósito de necesaria fianza por regla general.

CAPÍTULO IV

LA ACTUACIÓN ESPERADA DE LAS FUERZAS ARMADAS COMO PROPUESTA GLOBAL Y GENÉRICA

En este último Capítulo, más breve, realizamos una propuesta general de esa actuación diferenciando situaciones peligrosas de paz, conflicto, guerra y terrorismo. Hacerlo cuando sus componentes actúan en todos los casos concretos que se puedan contemplar sería una tarea probablemente tan interminable como la que supone recabar toda la casuística inimaginable que se pueda dar. Alguna no es siquiera conocida, ya sea porque la jurisprudencia tampoco puede recoger todos, ya sea porque tampoco todos salgan a la luz pública. Puede haber casos irrelevantes como “noticia”.

Además, se tiene en cuenta que, según las circunstancias, y más en el caso de terrorismo, por seguridad operativa, ese hecho podría tratarse de una materia calificada como confidencial o reservada que no pueda darse a conocer, y mucho menos en un periódico. ¿Qué queremos decir con esto? Pues que a la hora de la verdad, en su momento, y dado el supuesto, frente a tales casos su resolución ejecutiva sólo es individualmente enjuiciable por la conciencia, el sentido común y las orientaciones previas aprendidas del que se ve expuesto frente a tales dilemas. En el caso de los componentes de las Fuerzas Armadas lo saben, así como que no todos los derechos y deberes de los que son titulares tienen un carácter absoluto sobre otros (que lo sean al menos de igual categoría), sino que de por sí son interdependientes y están mutuamente limitados. Por tanto, la tarea aludida sólo la podemos hacer predicándola de la Institución en general y de lo que se espera socialmente de ella.

Y, en cualquier caso, tampoco es una labor sencilla. Ese trabajo se suele hacer estipulando meras “*directrices*” de actuación teniendo como máxima el cumplimiento de la misión. La propia redacción de cualquier **regla operativa de enfrentamiento** (*rules of engagement*) así lo demuestra. Uno de sus trascendentes fines, el de prever mediante el Derecho todas las situaciones futuras de peligro para un contingente armado, no sólo es *de facto* inabarcable sino que pueden haber distintas interpretaciones hasta de *la propia legítima defensa* (¿justificativa?, ¿exculpante?, ¿coetánea?, ¿preventiva?, ¿anticipada?,...) frente a una amenaza que uno puede percibir como grave e inminente. Coordinar además esa previsión para distintos contingentes armados

multinacionales y que actúan conjuntamente de forma operativa en misiones y maniobras, con distintas normas, idiomas, mentalidades e idiosincrasias, *más acentuadas si cabe en materia de lucha contraterrorista*, hace que jurídicamente haya una gran limitación para encontrar la panacea de *una automática* solución a todos los problemas planteables.

Y en la medida en que la realidad también a veces puede llegar a superar hasta la ficción, reconociendo esa limitación, sólo nos proponemos realizar un mínimo esquema estándar, teórico y comentado del Derecho Internacional Público y de los Derechos Humanos.

Se hace teniendo en cuenta las distintas situaciones estáticas en que *a priori* se pueden encontrar los miembros de las Fuerzas Armadas para hacer frente sobre todo al terrorismo y en función del distinto régimen jurídico que, según aquellos contextos, le pueden ser aplicables a los contingentes de los que forman parte y con los que, a veces, trabajan conjuntamente de forma operativa. Lógicamente, el paso dinámico de una situación a otra será a veces difícil de apreciar teniendo en cuenta la variable tipología cada vez mayor de los ambientes, crisis y conflictos. Esta es la razón por la que sólo nos toca sugerir aquí que, *de forma autorizada y coordinada*, el mando será el que habrá de estar atento a tales cambios si se quiere acertar en el diagnóstico de la situación realmente aplicable y, por tanto, también de la actuación de sus personas armadas a cargo.

No obstante, pese a tales dificultades y cautelas, como se verá, sí existe una garantía de actuación debida que proporciona el Derecho de Gentes. Hay un núcleo mínimo común denominador en cualquier situación, que es el propio del respeto a los derechos humanos en cualquier circunstancia y lugar. A la vez, entendemos que esa misma garantía justifica una de las principales hipótesis que en nuestro discurso hemos sostenido: *es posible la aplicación analógica de las leyes de los conflictos armados al terrorismo para evitar su impunidad internacional en cualquier circunstancia y lugar.*

Por tanto, nuestra última hipótesis es que *si la lucha contra el terrorismo Internacional quiere ser legítimamente eficaz debe de tener un carácter preventivo, represor y permanente que, a su vez, para ser eficiente, requiere de un estudio omnicomprensivo y transversal que está ligado en todo caso a la correcta aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, a diferencia para un terrorista, la guía constante de actuación para todo militar.*

I. SITUACIONES FRENTE A LAS QUE SE PUEDEN ENCONTRAR

I.1. Los distintos supuestos previstos del empleo de la fuerza: paz, guerra y conflicto armado

Se parte de la hipótesis de que el uso de la fuerza sobre el terreno por un militar sólo puede tener lugar en situaciones¹¹⁷⁵ de “paz” y de “guerra”. No obstante, dadas las connotaciones ilegales de este último término desde el punto de vista del *ius ad bellum*, por aplicación –en suma– del art.2.4¹¹⁷⁶ de la Carta de Naciones Unidas y, pese a ello, de su legítima previsión constitucional (en el art.63¹¹⁷⁷ de la CE), desde el punto de vista del *ius in bello*, o lo que es lo mismo, de la conducción del empleo de la fuerza durante las hostilidades de las diferentes situaciones que se puedan plantear, ese concepto se engloba en el de “*conflicto armado*” tal como, por ejemplo, así lo hace el actual Código Penal Militar español, el art.2 común¹¹⁷⁸ de los Cuatro Convenios de Ginebra y, por extensión, sus Protocolos Adicionales según lo sea con o sin carácter internacional. En situación de paz, en cualquier

¹¹⁷⁵ El objetivo fundamental de la Organización de Naciones Unidas (ONU) es el mantenimiento de la Paz y la Seguridad Internacionales (art.1.1 de la Carta de San Francisco). El calificativo “*internacionales*” era interpretado como que las Naciones Unidas no pretendían inmiscuirse en los conflictos armados internos, excepto en la medida en que pudieran poner en peligro la paz internacional; no obstante, *terminada la guerra fría, las Naciones unidas y sus Estados miembros han aceptado que no solo cualquier conflicto interno, sino que incluso situaciones de disturbios internos que impliquen violencia generalizada, pueden suponer una amenaza a la Paz y la Seguridad Internacionales*. En este sentido, ha terminado por imponerse la interpretación de que el calificativo de “*internacionales*” indica, especialmente, que la ambición de la ONU no es mantener la Paz solo entre los Estados miembros, sino en el conjunto de la Comunidad inorgánica Internacional. Esta interpretación, unida a la utilización del término “*situaciones*” ha permitido que la ONU actuara ante nuevas amenazas a la paz que no son controversias ni problemas entre Estados, como por ejemplo el terrorismo internacional, la proliferación de armas de destrucción masiva o la violación masiva de derechos humanos.

¹¹⁷⁶ “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

¹¹⁷⁷ “3. Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz.”

¹¹⁷⁸ Art. 2. In addition to the provisions which shall be implemented in peace time, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them. Además de las disposiciones que se aplicarán en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará a todos los casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más de las Altas Partes Contratantes, aun cuando el estado de la guerra no sea reconocido por uno de ellos. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance. El Convenio también se aplicará a todos los casos de ocupación parcial o total del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. Aunque una de las Potencias en conflicto no puede ser parte en el presente Convenio, las Potencias que son partes en ellos no se verán obligadas por él en sus relaciones mutuas. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts and applies the provisions thereof. Asimismo, estarán obligados por la Convención en relación a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones.

caso, el mantenimiento de la ley y el orden es una tarea de Estado que, por lo general, suele competir a La Policía y al resto de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. No obstante, hay también Institutos armados que están especialmente equipados y capacitados para esas misiones porque, a diferencia de las Fuerzas Armadas, no son propiamente “fuerzas de choque”. Nos referimos a los cuerpos de la *gendarmérie* francesa, a los *carabinieri* italianos, o, en España, el caso de la *Guardia Civil*.

La licitud del uso de la fuerza por los Estados, así para mantener el orden público, se explica por el deber de respeto a que todos los Estados se hacen acreedores en mérito del derecho correlativo de la libre determinación de los pueblos y que, según la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución¹¹⁷⁹ 2625 de 1970, les obliga a promover el respeto y la efectividad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, abstenerse de “*recurrir a cualquier medida de fuerza*” que prive a los pueblos del ejercicio del derecho de libre determinación, así como de cooperar y asistir a Naciones Unidas en la aplicación del citado derecho¹¹⁸⁰. No obstante, si bien son situaciones que no cabe ignorar, la función normal de las Fuerzas Armadas de un Estado, así en *España* (art.8¹¹⁸¹ de la CE), es *defender el territorio nacional, la soberanía nacional y el ordenamiento constitucional* contra las amenazas externas (caso de conflictos armados internacionales), esto es, por lo general, los mismos que legitiman fundamentalmente a una Alianza militar entre Estados, así la Organización del Tratado Atlántico Norte (OTAN), y afrontar, si fuera el caso, hasta situaciones de Conflicto Armado Interno (caso de Conflicto No Internacional). Sin embargo, *aunque la claridad de identificación de situaciones puede ayudar a delimitar la intervención exclusiva del policía y del soldado, en algunas ocasiones, dicha claridad es un espejismo y, de hecho, hoy por hoy se requiere que las Fuerzas Armadas presten asistencia a las fuerzas del orden para hacer frente, por ejemplo, a Disturbios Internos, las Operaciones de Paz o, incluso como hemos visto, también para contribuir a la Lucha Antiterrorista.*

¹¹⁷⁹ **Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970**, que contiene la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

¹¹⁸⁰ Vid. Anexo I.

¹¹⁸¹ **Artículo 8.** “1. *Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.* 2. *Una Ley Orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.*”

I.2. La problemática ante zonas grises. Situaciones infra-Derecho Internacional humanitario

El problema es que algunos de tales supuestos no sólo no están definidos¹¹⁸², sino que por un “efecto-escalada” también pueden llegar a requerir un alto empleo de la fuerza hasta el punto de que puedan convertirse en una situación de Conflicto Armado Interno, o hasta Internacionalizado, y cuya regulación jurídica pueda ser difusa en la medida en que el sistema del Derecho de los Conflictos Armados no baste inclusive por sí solo para conseguir su propósito. *Pero últimamente debemos tener en cuenta un problema adicional: algunos Estados han contratado a Compañías privadas militares y de Seguridad para que realicen funciones que tradicionalmente han sido desempeñadas por las Fuerzas Armadas*¹¹⁸³. El vacío jurídico de su regulación no implica que en su actuación dichas empresas y su personal no deban observar los principios de Derecho Internacional Humanitario y las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos. Hay, pues, que tener también en cuenta que en el ámbito de la contratación internacional, incluso por la propia ONU, la licitación de los mayores contratos de servicios y suministros para misiones debiera darse en la fase más temprana del establecimiento de la misión en el campo de operaciones, antes incluso que el despliegue y, de hecho, cuando ya se está negociando un Estatuto de la Fuerza (SOFA), puesto que si bien la norma general es la licitación pública internacional la “*nueva externalización*” es una de sus más sonoras excepciones (sobre todo cuando aquélla va más allá de la gestión de campamentos). Por ejemplo, en *Afganistán* los Equipos de Reconstrucción Provincial (PRT) debían llevar a cabo misiones de protección, reconstrucción y de contrainsurgencia. Para llevarlas a cabo Naciones Unidas puede recurrir a componentes militares (armados o no) y civiles de la propia misión o contratistas externos, cada uno con su estatuto jurídico particular¹¹⁸⁴.

¹¹⁸² Piénsese el caso de terrorismo, sobre el que no hay consenso universal, y el de conflicto armado. Respecto a este último **SALMÓN, E.** (2004) *Introducción al DIH*, Fondo Editorial 2004 de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p.25, nos alerta del cuidado que se debe de tener al definirlo porque si el umbral es excesivamente bajo se corre el riesgo de favorecer el bandidaje y la delincuencia común que se encuentran dentro del ámbito de acción de la policía y de las leyes penales internas. Por el contrario, si el umbral es excesivamente alto se pueden generar situaciones de desprotección para las víctimas de los conflictos armados.

¹¹⁸³ Estas Compañías tienen encomendadas actividades de custodia y protección de personas o lugares, vigilancia de instalaciones de detención, interrogatorios e incluso la participación en combates. La más famosa de estas Compañías es la empresa estadounidense “Blackwater” que fue expulsada de Irak tras una matanza de personas civiles. Sus características no encajan en la definición de “**mercenarios**” que contiene el **artículo 47** del Protocolo I. Tampoco su situación se ajusta a los requisitos que el Derecho Internacional exige para que se les considere órganos del Estado y sus actividades sean imputables al Estado contratante. Por estas razones está extendida la opinión de que algunos Estados contratan estas Compañías militares y de seguridad para evitar una responsabilidad directa por la vía de la externalización de los servicios de todo tipo.

¹¹⁸⁴ A este respecto, por ejemplo, del SOFA quedan fuera de su ámbito subjetivo de aplicación las empresas contratistas en cuanto que son terceros no beneficiarios de los mismos. Sin embargo, tales Estatutos de la Fuerza incluyen al personal militar y también al civil que solo esté puesto a disposición de la misión por el Estado participante, como por ejemplo se hizo en alguna ocasión

Por tanto, nos proponemos como corolario de esta Tesis categorizar las situaciones particulares descritas: *¿cuáles son las normas aplicables en unos y otros supuestos?*

II. LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional Público (DIP). El Derecho Internacional Público (DIP) es, *a priori*, el que rige las relaciones entre los Estados (E), entre los Estados y las Organizaciones Internacionales (OI), y entre las propias Organizaciones Internacionales, de forma que tal postulado es precisamente el que sirve de base para la codificación del Derecho de los Tratados a través de sus dos Convenciones¹¹⁸⁵ al respecto. En lo que respecta a los conflictos armados distingue el *jus ad bellum*, que desde *Santo Tomás de Aquino* trata del “derecho a hacer la guerra” como debate de si es o no una causa justa, y el *jus in bello* o del Derecho que en todo caso resulta aplicable en tiempo de conflicto armado. El Derecho que ya hoy anatematiza la guerra (*jus contra bellum*) está consagrado en el art.2.4 de la Carta de las Naciones Unidas. Este precepto prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones entre los Estados (salvo en defensa propia –art.51 de la Carta de Naciones Unidas- o por razones vinculadas con la seguridad colectiva - Capítulo VII de la misma Carta-). El *jus in bello*, a diferencia del *jus ad bellum*, no se pronuncia acerca de los motivos del uso de la fuerza.

La Comunidad Internacional: Sujetos. Si observamos la Sociedad Internacional vemos que hay diferentes tipos de Sujetos de Derecho Internacional (SDI): los Estados, las Organizaciones Internacionales, y ya en menor medida el individuo, pero a los efectos que aquí interesan resaltar sobre todo también el de **los Grupos Insurgentes y los Movimientos de Liberación Nacional**, caso este último que

por *España*, con limitaciones, respecto del personal laboral de la empresa contratada. De esta forma, para que un contratista pueda disfrutar de los privilegios e inmunidades similares a los que otorga un SOFA hay que aclarar en la negociación cuáles son las cuestiones con las que se cuenta con el visto bueno de la ONU, en su caso, y del Estado anfitrión; e incluso, caso por caso, saber si Naciones Unidas puede conferir la condición de “experto en misión” a un contratista privado bajo la lupa de la **Convención de Inmunidades y Privilegios de Naciones Unidas de 1946**, Convención en cuya virtud no podrá ser arrestado, detenido, incautado su equipaje, utilizar códigos clasificados de correspondencia y documentación, beneficios fiscales, e, incluso, en materia de uso de armas, el “*experto en misión*”, a diferencia del contratista que no lo sea o que solo esté cubierto bajo el SOFA, podrá portarlas y, en su caso, usarlas, únicamente para defensa, atendiendo al mandato de cada Operación, y *siempre que vaya uniformado y se encuentre realizando función oficial de la misión*.

¹¹⁸⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados de 1969 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

en su caso pudiera¹¹⁸⁶ ser tratado como antaño se solía hacer para el caso de Gobiernos en el exilio.

En relación con la cuestión del uso de la fuerza hoy en día el Estado (E), definido como una entidad soberana formada por una Población, un Territorio y una estructura de Gobierno, y también para beneficio del individuo, es el principal sujeto que debiera tener desdoblado funcionalmente (**SCELLE**¹¹⁸⁷) el monopolio de aquélla, toda vez que ello es uno de los motivos que justifica el carácter *erga omnes* e imperativo de ciertas normas en los conflictos, es decir, para protegerlo. *Lo tenga o no es en cualquier caso responsable de los actos de sus funcionarios, sea que actúen a título oficial o como agentes de facto.* Los Grupos Insurgentes (GI) y los Movimientos de Liberación Nacional (MLN) también tienen obligaciones conforme al Derecho Internacional, en particular en el marco del Derecho de los Conflictos Armados.

III. LOS DERECHOS INTERNOS

En el artículo 38¹¹⁸⁸ del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se enuncian las fuentes del Derecho Internacional: las Convenciones o Tratados internacionales, la Costumbre Internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho, los Principios Generales de Derecho reconocidos por las Naciones Civilizadas, y “*las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho*”. Por tanto, desde una posición moderadamente *monista* del DI, acorde a nuestra Constitución (art.10.2 y 96¹¹⁸⁹), podemos decir que la Legislación interna de la mayoría de los países, entre ellos *España*, debe ser conforme a las obligaciones internacionales del Estado, de manera que todas las Operaciones Militares o Policiales, cualquiera que sea el nombre que lleven y de las Fuerzas que participen en ellas, deben tener lugar dentro del marco jurídico del Derecho Internacional y de la Legislación nacional. En este sentido, e independientemente de que –por cierto- su importancia provenga de su estudio sobre el valor jurídico de un “acuerdo de

¹¹⁸⁶ Puede verse al respecto **HERDEGEN, H.** (1987). “*Government-in exile*”, en *Encyclopedia of Public International Law*, vol.X.Amsterdam, Nueva York, Oxford, pp. 210 ss. Vid. Anexo I.

¹¹⁸⁷ **SCELLE, G.** (1984). *Precis de droit de gens (Principes et systemathiques)*. Paris: CNURS, p.35.

¹¹⁸⁸ Vid. Anexo I.

¹¹⁸⁹ Vid. Anexo I.

normalización OTAN (STANAG¹¹⁹⁰)”, por ejemplo, es rotunda la Sentencia¹¹⁹¹ de la Sala Quinta del TS español de fecha 03 de Noviembre de 1998 sobre el trato de prisioneros, pero incluso la Corte Internacional de Justicia en el famoso caso *Barcelona Traction* de los setenta, muy citado por la jurisprudencia y la Doctrina Internacionalista para supuestos de responsabilidad estatal, entre otros, ya señaló que las normas humanitarias por su misma naturaleza conciernen a todos los Estados y que todos los Estados pueden ser considerados como teniendo un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos.

IV. LA INTERRELACIÓN DEL DIP CON EL DERECHO INTERNO A TRAVÉS DEL PAPEL DE DERECHO GOGENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Siguiendo a **CARRILLO SALCEDO**¹¹⁹², quien considera la soberanía estatal como pieza constitucional capital para la Comunidad Internacional, en el justo equilibrio de toda la extensión de su concepto también afirma que un signo principal del Derecho Internacional contemporáneo es su “*proceso de humanización*”. Pues bien, el DIH es pionero en ello, con la singularidad¹¹⁹³ de que *sus normas no tienden a la reciprocidad*, es decir, no responden a la lógica civilista-contractual del sinalagma o del equilibrio de las contraprestaciones, sino que revisten un carácter general, incondicional y *erga omnes*¹¹⁹⁴ por cuanto que no tienen sólo como destinatarios los sujetos que por Tratados las celebran -(los Estados)- sino su principal beneficiario: el individuo.

¹¹⁹⁰ La Orden 238/2002, de 14 de noviembre, con un Anexo de catorce puntos, aprueba el procedimiento para la implantación, ratificación, revisión y derogación de los Acuerdos de Normalización OTAN, “*Standardization Agreements*”-STANAGS (operativos, de materiales y administrativos), y donde según la referida Sentencia no tienen otro valor que el meramente instrumental –para posibilitar la interoperabilidad-, instrumentos o vehículos para introducir o establecer procedimientos normalizados a aplicar por los Estados que, como *España*, sean Partes en el Tratado de la Alianza Atlántica. No tienen, pues, rango ni valor normativo algunos ni en el Derecho Internacional ni en el Derecho interno español sino que son tan solo procedimientos de homogeneización de la actuación de los agentes o personas sujetas a la jurisdicción de determinados Estados a la hora de implementar, en este caso que nos ocupa, un sector de la normativa del DIH aplicable en los conflictos armados de carácter internacional. Es decir, solo son una guía, indicación u orientación a seguir en supuestos idénticos a los que se contrae y no pueden interpretarse o aplicarse en forma que se oponga a lo dispuesto en la Legislación Penal española y, menos aún, al art.15 de nuestra Constitución.

¹¹⁹¹ La tenemos comentada en noticias jurídicas.com.

¹¹⁹² **CARRILLO SALCEDO, J.A.** (2001). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. 2ª Ed. Madrid: Tecnos, p.4.

¹¹⁹³ En este sentido, puede verse la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 28 de mayo de 1951 sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (CIJ Recueil, 1951, pp.23-24), o también la OC-2/82 de la Comisión Internacional de Derechos Humanos, relativa al efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), parágrafo 29.

¹¹⁹⁴ Los Estados han asumido una doble obligación: respetar y hacer respetar las normas del DIH, por aplicación del art.1 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que señala que sus normas se aplican “*en todas las circunstancias*”

IV.1. Su complementariedad por tener un mismo fin

El Derecho de los Conflictos Armados (DCA) y el Derecho de los Derechos Humanos (DDH) son complementarios y ambos abordan cuestiones relacionadas con el uso de la fuerza¹¹⁹⁵.

IV.2. El núcleo duro que no puede ser suspendido en ningún caso

Casi todos los instrumentos de Derechos Humanos contienen cláusulas que para afrontar un peligro público grave autorizan a los Gobiernos a suspender ciertos derechos. Sin embargo, hay un “núcleo duro” de derechos fundamentales que los gobiernos no pueden suspender en caso alguno. No cabe aquí ningún “desuetudo”, de forma que el intérprete de la norma, a diferencia de lo que sería en la Teoría General, ante las situaciones con que se enfrenta este otro Derecho debe saber: primero, que *algo que no esté prohibido no significa que esté permitido* porque existen disposiciones generales que no sólo sustentan sino que imponen límites a la actuación de los que se enfrentan; segundo, que por exquisita seguridad jurídica prevista en el art.31.1¹¹⁹⁶ de la Convención de Viena sobre los Tratados prima la voluntad escrita y declarada sobre el de la voluntad real o la “intención” de las partes; tercero, que la interpretación que se haga siempre será la más favorable al individuo (*principio pro homine*) y; cuarto, que la interpretación que se haga deberá ser tan dinámica como coetánea al Derecho en vigor si se tiene en cuenta que la sociedad que tiene por destinatario es cambiante en el tiempo y en caso contrario no sería útil (*ut res magis valeat quam pereat*).

V. EL EDIFICIO JURÍDICO

V.A. Paz y guerra

Aunque haya alguien que entienda simplemente que la Paz es “*la ausencia de guerra*” esta no es la percepción que de ese concepto está teniendo ya Naciones Unidas. Cada vez más tiende¹¹⁹⁷ a conectar ese concepto a la idea global de la

¹¹⁹⁵ El Derecho de los Conflictos Armados fue codificado y elaborado para regular las cuestiones humanitarias en tiempo de conflicto armado; su fin es proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y definir los derechos y obligaciones de todas las partes en un conflicto con respecto a la conducción de las hostilidades. El Derecho de los Derechos Humanos protege a las personas en todo momento, tanto en la paz como en la guerra; beneficia a todos y su objetivo principal es proteger a las personas contra actos arbitrarios de los Estados. Para que estas protecciones sean efectivas, tal como ya ha quedado dicho, las disposiciones internacionales deben incorporarse en la Legislación Nacional.

¹¹⁹⁶ “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

¹¹⁹⁷ Vid. **Resoluciones de Asamblea General: 2734 (XXV), de 10 de diciembre de 1970** (“*Declaración sobre el Fortalecimiento de la Seguridad Internacional*”, donde en su párrafo dispositivo segundo exhorta a todos los Estados a que en sus relaciones internacionales se adhieran estrictamente a los propósitos y principios de la Carta) **y sobre todo la 39/11, de 12 de diciembre de 1984** (“*Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz*”), que ha sido comentada por **DE SOLA, M.** (1987) “*Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz y la seguridad*”

Seguridad Internacional en cuanto que ésta no sólo comprende la desaparición de los conflictos armados sino la erradicación de sus causas, y una de las precisas diferencias entre el extinto Pacto de la Sociedad de Naciones y la actual Carta de Naciones Unidas -que es acorde a esa nueva tendencia- es que si para la primera su primer propósito (notoriamente fracasado) era “*arreglar controversias*”, para la segunda lo es el “*mantenimiento de la Paz y Seguridad internacional*”, quedando aquel fin subordinado -en todo caso y por vía de principio- a este otro gran Propósito.

V.A.1. El Derecho de los Conflictos armados a través de las Convenciones de Ginebra y de la Haya

El origen del Derecho de los Conflictos Armados es consuetudinario, y su primera codificación es de 1864 (la de la primera Convención ginebrina). El Derecho de la guerra o “humanitario” protege a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y limita los medios y métodos de guerra. Los Convenios¹¹⁹⁸ de Ginebra, revisados y ampliados en 1949, establecen normas para la protección de las siguientes categorías de personas: Primer Convenio (*heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña*), Segundo Convenio (*heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar*), Tercer Convenio (*prisioneros de guerra*) y Cuarto Convenio (*personas civiles en tiempo de guerra*).

Las normas que rigen la conducción de las hostilidades están consagradas en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907. Limitan los métodos y medios de guerra que pueden usar las partes en un conflicto. Básicamente, regulan la conducción de las operaciones militares en un conflicto armado, definiendo los empleos adecuados y permisibles de las armas y las tácticas militares. Las normas sobre la protección de las personas y la conducción de hostilidades se unificaron y desarrollaron en los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, adoptados en 1977. Numerosos Tratados completan¹¹⁹⁹ estas disposiciones.

internacionales: Unas reflexiones con motivo de su cuarenta aniversario”, en ONU: Año XL, Revista de la Facultad de Derecho de la universidad Complutense, nº 13, Madrid, pp.107 ss.

¹¹⁹⁸ Los cuatro Convenios de Ginebra son los Tratados Internacionales que gozan de mayor aceptación universal, puesto que han sido ratificados por todos los Estados.

¹¹⁹⁹ Algunos de ellos son los siguientes: -la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado;-la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales;-la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción; -el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, y el Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra, de 2005, en el que se establece un signo distintivo adicional (comúnmente denominado el cristal rojo) que se suma a la Cruz Roja, la media luna roja y el león y sol rojos.

En suma, de la simple lectura de esta normativa se deduce que *son parte del Derecho Internacional consuetudinario, con independencia de la naturaleza del conflicto, el principio de distinción, el concepto de objetivo militar, la prohibición de un ataque discriminado, el principio de proporcionalidad y el deber de tomar precauciones antes de atacar, así como el respeto debido a personal y bienes médicos, religiosos, de medio ambiente y culturales.*

V.A.2. El Derecho de los Derechos Humanos: sus Instrumentos

Los principales Instrumentos universales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son a nivel mundial y regional¹²⁰⁰. El derecho a la vida es el derecho humano supremo y a los efectos de este trabajo hay que resaltar también el de la libertad y seguridad personal¹²⁰¹. Para los responsables de hacer cumplir la ley existe un Código¹²⁰² de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley (1979) y unos Principios¹²⁰³ Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego (1990), pero estos dos Documentos no establecen obligaciones jurídicamente vinculantes porque forman parte de lo que se conoce como derecho indicativo o *soft law*. Sin embargo, contienen orientaciones útiles sobre cuestiones específicas relacionadas con el mantenimiento de la ley y el orden a las que haremos mención.

V.A.3. Derecho Internacional Consuetudinario

Es sabido que los Tratados vinculan sólo a los Estados que han expresado su consentimiento en estar vinculados por ellos, en general a través de la ratificación. Esas obligaciones escritas son complementadas por el Derecho Consuetudinario derivado de una práctica generalmente aceptada como Derecho, salvo que un Estado manifieste su posición en contrario durante el período de formación de la costumbre y que, en consecuencia, no cristalice. En caso de concurso de normas internacionales sobre una situación no hay un sistema jerárquico entre ellas, de forma que los criterios de su aplicación son los generales del principio de que "*ley posterior deroga a otra anterior*" y de que "*una norma especial prevalece sobre*

¹²⁰⁰ A nivel mundial:- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948;- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966;- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966;- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CcT), de 1984;- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de 1989. Los Instrumentos regionales:-la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)-el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)-la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos (CAfDH).

¹²⁰¹ Están consagrados en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos 6.1 y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los artículos 4.1 y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2 y 5.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y en los artículos 4 y 6 de la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos.

¹²⁰² **Resolución 169/34 de 1979**, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹²⁰³ Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 07 de septiembre de 1990.

otra más general". Pues bien, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sí han sido ratificados por todos los Estados, pero no ha ocurrido lo mismo con los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra. No obstante, y de acuerdo a lo dicho, por vía consuetudinaria *son obligatorios para todos los Estados, independientemente de los Tratados a los que se hayan adherido o no.*

Numerosas normas consuetudinarias del Derecho de los conflictos armados definen, de manera más detallada que el Derecho Convencional, las obligaciones de las partes en un Conflicto Armado Sin carácter Internacional. Ello ocurre con las normas sobre la conducción de las hostilidades y, en concreto, en los siguientes ejemplos:

1. Aunque el Derecho Convencional no prohíba expresamente los ataques contra bienes de carácter civil en Conflictos Armados No Internacionales, el Derecho Internacional Consuetudinario sí establece esa prohibición.
2. Numerosas normas consuetudinarias del Derecho de los Conflictos Armados son aplicables tanto a los Conflictos Armados Internacionales como a los No Internacionales. Para aplicar esas normas, no es necesario establecer el carácter internacional o no internacional del conflicto, ya que se aplican en todos los conflictos.
3. El Derecho Consuetudinario de los Conflictos Armados también puede ser útil cuando las partes beligerantes forman Coaliciones en cuanto que –para todo aquello que no esté expresamente regulado por su Acuerdo de Alianza- representa las normas comunes a todos los miembros de la Coalición. De esta forma, puede servir de base para establecer Reglas de Enfrentamiento comunes o criterios de selección de los objetivos que pueden atacarse. Ello en el bien entendido de que, no obstante, las normas consuetudinarias tienen aquí como triple límite el principio *pacta sunt servanda*, el de congruencia, y el de la no oportunidad política, es decir, que no pueden debilitar ni reemplazar las obligaciones convencionales aplicables que tiene cada uno de los miembros de la Coalición. En la realidad de las Relaciones Internacionales pensemos, por ejemplo, sobre las dificultades intrínsecas que para el respeto de dicho límite se derivan del caso por razón de las llamadas “Operaciones Fuera de Área¹²⁰⁴” así como del “multifuncionalismo” actual que caracterizan a la mayoría de las operaciones de paz. Por culpa de ellas a veces en la política internacional de una Nación se podrá incurrir en el “doble rasero” que según sea el color del prisma con el que se mire unos intentan ocultar y otros airear.

1204 Vid. Anexo I.

V.B. Los altercados internos

V.B.1. Como presupuesto de restricción de derechos

Es frecuente en todos los sitios, sobre todo en situaciones de crisis, que un grupo se manifieste en las calles para expresar públicamente sus opiniones. Tal clase de concentraciones manifiestan el ejercicio de una libertad individual y colectiva que tiene como lógico límite el que no se llegue a los enfrentamientos físicos. En casi todos los países, las operaciones de mantenimiento del orden en situaciones que no son conflictos armados son realizadas por las Fuerzas Policiales o de Seguridad. Cuando, en tales situaciones, no obstante, sea necesario el despliegue de Fuerzas Militares, habitualmente cumplirán funciones de refuerzo y estarán subordinadas a las Autoridades Civiles. *Su papel aquí, pues, se ciñe exclusivamente a mantener el orden y la seguridad públicos, prevenir e investigar los delitos y prestar asistencia en todo tipo de urgencias.* Sin embargo, sobre todo se ha observado en países latinoamericanos, se da la paradoja de la utilización de “gases lacrimógenos”: entendemos que si su empleo está prohibido¹²⁰⁵ en la guerra con mayor motivo deben estarlo en la paz.

El Derecho de los Conflictos Armados, como el nombre dice, no se aplica a situaciones que no sean conflictos armados sino que estas otras situaciones, las de los altercados, son regidas en todo caso por las obligaciones de Derechos Humanos que incumben al Estado y bajo la premisa de que el ejercicio de esos derechos no es ilimitado. Pueden¹²⁰⁶ restringirse por la Ley y sólo cuando sea necesario para asegurar el respeto de los derechos de los demás o para proteger la Seguridad Nacional, el Orden Público, la Salud o la Seguridad y Moral Públicas, pero además de forma proporcional porque a diferencia del caso del Derecho de los Conflictos Armados no dejamos aquí de estar ante un Derecho que aún no es excepcional¹²⁰⁷.

V.B.2. Las apreciaciones de su existencia

El mantenimiento de la Ley y el Orden es una tarea difícil que hace necesario contar con una Fuerza que -aunque incluso lo pueda ser de choque-, tiene que ser

¹²⁰⁵ Véase el **Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 sobre armas químicas y bacteriológicas**. Otra cosa es que en relación con estas clases de armas la AG de ONU aprobase el 10 de abril de 1972 la Convención sobre la prohibición no ya de su empleo sino de su desarrollo, producción y almacenamiento.

¹²⁰⁶ Vid. Anexo I.

¹²⁰⁷ Es decir, aquí sí pervive aún el aforismo de que “*lo que no está prohibido está permitido*” y, consecuentemente, los Estados deben aplicar el menor número posible de restricciones para alcanzar sus objetivos. De hecho, muchos Estados –como el español para caso de militares– restringen en tiempos de normalidad las actividades políticas de la policía y de las Fuerzas Armadas a fin de impedir que estas fuerzas “portadoras de armas” se involucren en los asuntos políticos. No estamos por ello todavía en un Derecho de excepción aunque, de hecho, la situación sí lo pueda ser o llegar a serlo.

en todo caso *adecuada, formada, profesional y disciplinada*, para calmar o dispersar a una muchedumbre sin tener necesariamente por qué recurrir a la fuerza. Es un gran desafío para las Fuerzas Policiales o de Seguridad, que a veces están mal preparadas o equipadas para la tarea. Sin embargo, puede que lo sea mucho mayor para los miembros de las Fuerzas Armadas, ya que por principio se preparan para enfrentarse con “enemigos”, no con sus “conciudadanos”. En este sentido, ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dejado sentado¹²⁰⁸ con ocasión de un ataque¹²⁰⁹ a un Cuartel (de “La Tablada”) en el Norte de Argentina por un grupo de estudiantes que *“además del artículo 3 común, los principios del Derecho consuetudinario aplicables a todos los conflictos armados exigen que las partes contendientes se abstengan de atacar directamente a la población civil y a civiles en forma individual, y que al fijar sus objetivos distinguan entre los civiles y los combatientes y otros objetivos militares legítimos. Para amparar a los civiles de los efectos de las hostilidades, otros principios del Derecho consuetudinario exigen que la parte atacante tome precauciones para evitar o minimizar la pérdida de vidas civiles o daños a la propiedad de civiles, incidentales o colaterales a los ataques contra objetivos militares”*. Por lo general hay Contingentes Armados de los que se corre el riesgo de que no estén entrenados ni equipados para controlar multitudes y expuestos ante ellas en Zonas sólo aparentemente pacificadas. Así ha ocurrido en incidentes de *Qala i Now* en agosto del 2011, donde fueron muertos dos Oficiales Guardia Civiles y un traductor, y no hubo tensiones sino disturbios quizá más que callejeros frente a la (ya antigua) Base española. Por tanto, es conveniente que antes de asignar toda misión a un contingente, las autoridades deban asegurarse de que la Legislación Nacional sea conforme a las normas internacionales no sólo para los casos informados de normalidad, en los que se puede errar, sino de los carentes de ella, y que por ejemplo al menos se prevean expresamente no sólo los casos de una supuesta ocupación militar total o parcial de un determinado territorio - exigible por el propio juego principal de las Relaciones Internacionales-, y aunque en él no se encuentre resistencia militar como a veces ocurre en las Operaciones de Paz, sino también el uso del terror como método del combate, supuesto al que al fin y al cabo la Legislación de guerra no es nunca ajena cuando -por

¹²⁰⁸ **Informe nº 55/97**, Informe anual 1998, parágrafo 177. Período de Sesiones del 17 de febrero al 6 de marzo de 1998, donde en el parágrafo siguiente también se lee que “cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes (sic) al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada perdieron los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados acordados a los civiles en actitud pacífica”.

¹²⁰⁹ Hay que decir -para que no quepa duda- que en este caso hubo un enfrentamiento entre dicho grupo, que había tomado las armas adoptando así el papel de contendientes, convirtiéndose así en objetivo militar legítimo, y las Fuerzas Armadas argentinas, de forma que lo que hubo fue un conflicto armado no internacional que duró treinta horas, entre el 23 y 24 de enero del año 1989.

contemplantarlo- sabe que hay civiles que se puedan infiltrar en las Fuerzas y Milicias Regulares para sabotearlas, y porque, de hecho, en 1977, según las condiciones bajo las que se hizo y que motivaron la falta de firma de los Protocolos por varios Estados, entre ellos ... los EE.UU, una potencia mundial, su irrupción en la vida independiente de un gran número de Estados descolonizados determinó que también la lucha de los pueblos por su libre determinación fuera considerada como un Conflicto Armado Internacional. Se puede decir que, en consecuencia, las manifestaciones y reuniones tienen cierto grado de previsibilidad porque necesitan preparación¹²¹⁰.

V.B.3. Los Disturbios internos y otras situaciones de violencia interna. Derecho aplicable

En el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, sin definirlos, se mencionan "*situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados*". En el art.8.2.f) y 8.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) quedan extramuros¹²¹¹ de su competencia. En la práctica, los Disturbios son actos de perturbación violenta del orden público. En los casos de Tensiones Internas, es posible que no haya violencia, pero el Estado puede recurrir a prácticas como las detenciones en masa de opositores y la suspensión de ciertos derechos humanos, a menudo con intención de impedir que la situación degenera hasta transformarse en un disturbio.

Los principios esenciales del Derecho de los Derechos Humanos, aplicables en situaciones de disturbios internos y otras situaciones de violencia interna, son los siguientes:- el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal;- la prohibición de la tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;- la prohibición de los arrestos y detenciones arbitrarios;- el derecho a un juicio imparcial;- el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente;- la prohibición de la injerencia ilegal o arbitraria en la intimidad, la familia, el domicilio y la correspondencia de las personas;- la libertad de opinión, expresión, reunión pacífica y asociación.

¹²¹⁰ En la Legislación Nacional se han de precisar las circunstancias en las que se puede recurrir a las Fuerzas Armadas para tareas de mantenimiento del orden, y aclarar las relaciones entre las Autoridades Civiles y Militares durante tales operaciones. Vid. Anexo I.

¹²¹¹ "8.2. f) *El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. 3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.*"

Cuando la Legislación Nacional permita la adopción de medidas de excepción para proteger la Seguridad Nacional, la Seguridad Pública o el Orden Público, dichas medidas *no deberán aplicarse de modo arbitrario o discriminatorio*. El derecho a la libertad de expresión, a la reunión pacífica y a la asociación podrá estar sujeto a restricciones como consecuencia de disturbios internos y otras situaciones de violencia interna, a condición de que esas restricciones sean lícitas y necesarias.

V.B.4. Su dificultad

No siempre puede distinguirse claramente cuándo hay sólo incidentes separados como reuniones, concentraciones, manifestaciones, disturbios, y actos de violencia aislados y, cuándo, considerados en conjunto, constituyen un marco más o menos coherente que pueda definirse como de Disturbios internos de violencia. Lo que sí está claro es que tal marco plantea graves problemas a las autoridades en cuanto al mantenimiento de la Seguridad Pública y de la Ley y el Orden Públicos. En casos extremos, los Disturbios pueden dar lugar a situaciones que representan una amenaza a la propia vida de la Nación e incitan al Gobierno a proclamar el Estado de Excepción. Las medidas de mantenimiento del Orden adoptadas en tales situaciones pueden tener graves consecuencias: las formas de acciones lícitas, no arbitrarias y con objetivos precisos, dirigidas a los iniciadores y los autores, pueden ayudar a restablecer el control y a normalizar una situación. Por el contrario, las acciones esporádicas, así como las medidas ilícitas, arbitrarias y discriminatorias, pueden socavar la confianza en los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, agudizar la amenaza a la Seguridad Pública y ser responsables, al menos en parte, del agravamiento de una situación.

V.B.5. Estados de Excepción. Derecho aplicable

Al respecto, el artículo 4 del PIDCP establece que los Estados podrán adoptar “*disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto*”, pero sólo “*en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente*”. Pero en tanto que el PIDCP, tal como vemos, menciona sólo las situaciones excepcionales como causas que justifican la declaración del estado de excepción, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 15 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, 21 y el artículo 15 de la Carta Social Europea mencionan también la guerra; en cambio, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos no contiene una cláusula sobre los Estados de Excepción.

Por tanto, y en apretada síntesis, se puede decir: Si en tiempo de Paz se declara un Estado de Excepción es aplicable la Legislación Nacional, que incorpora el Derecho de los Derechos Humanos, y de ser necesario, con suspensiones. Si se

declara o mantiene el Estado de Excepción durante un conflicto armado, también se aplica el Derecho de los Conflictos Armados¹²¹². Como ya se ha dicho, ciertos derechos¹²¹³ no pueden ser suspendidos en circunstancia alguna.

Por tanto, ninguno de estos derechos puede ser suspendido o abrogado en un Estado de Excepción. Cada disposición existe para todas las personas *en todas las circunstancias*. Por consiguiente, un Estado no puede imponer un estado de excepción para justificar el hecho de no poder cumplir con su deber de proteger y mantener esos derechos inalienables.

V.C. Conflictos armados

En caso de conflicto armado¹²¹⁴ las operaciones militares son conducidas por las Fuerzas Armadas, pero también pueden participar en ellas las Fuerzas Policiales o de Seguridad. Lo suelen hacer sólo para mantener el Orden, pero sobre todo en los supuestos donde exista una ocupación. En tanto que el Derecho Interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son aplicables (con posibles suspensiones) tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, el Derecho de la Guerra, que protege a las víctimas de los conflictos y regula la conducción de las hostilidades, se aplica exclusivamente durante los conflictos armados, sean internacionales o no internacionales (aparte de las medidas preparatorias y de aplicación, aplicables en tiempo de paz):

¹²¹² Debido a que su aplicación puede dar lugar a abusos el Derecho Internacional se ocupa de encontrar un equilibrio entre el reconocimiento del derecho legítimo de los Estados soberanos a defender el Orden Constitucional y Democrático, y el respeto de los Derechos Humanos. La suspensión de derechos prevista en el PIDCP constituye una suspensión o restricción de ciertas obligaciones, decretada por el Estado. Sin embargo, deben cumplirse ciertos requisitos: 1- El estado de excepción debe ser declarado oficialmente. 2- Solo "*en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación*". 3- Las disposiciones no deben ser incompatibles con las demás obligaciones que impone al Estado el Derecho Internacional y no deben entrañar discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 4- En el **artículo 4.3** del PIDCP, se estipula que todo Estado Parte "*deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes (...), por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión*". Cuando finaliza el estado de excepción, se requiere una notificación similar. El objetivo de estas notificaciones es facilitar la vigilancia internacional.

¹²¹³ En el **artículo 4.2 del PIDCP**, se hace referencia a una serie de derechos inalienables, que son los siguientes: el derecho a la vida (artículo 6); la prohibición de la tortura (artículo 7); la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 8); la prohibición del encarcelamiento por no cumplir una obligación contractual (artículo 11); la prohibición de la retroactividad del derecho penal (artículo 15); el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano (artículo 16); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18).

¹²¹⁴ "*Existe un conflicto armado cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o se desarrolla un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el seno de un Estado*" (párrafo 70 Fiscal c/ **Dusko Tadic**, Caso No. IT-94-1-AR72, Fallo relativo al recurso de excepción prejudicial de incompetencia presentado por la defensa, 2 de octubre de 1995. Sala de Apelaciones del TPIY).

V.C.1. Los no internacionales

Los tipos de enfrentamientos que en estos casos nos podemos encontrar se cifran, en general, en las luchas que con mayor o menor intensidad protagonizan los Grupos Armados No Gubernamentales entre sí, o contra las Fuerzas Gubernamentales. Es decir, aquí hay enfrentamientos de Grupos de un mismo Estado, lo que determina que el propio conflicto pueda ser contrario no al Ordenamiento Jurídico Internacional sino al del mismo Estado por alterar su propio orden interno (por ejemplo, según nuestro art.473¹²¹⁵ del Código Penal). Lo hacen con un nivel de intensidad que, según ha afirmado algún Tribunal¹²¹⁶, supera el de los actos de violencia aislados y esporádicos propios de Tensiones y Disturbios interiores, con un nivel de organización colectiva que les permite llevar a cabo operaciones sostenidas y concertadas y, además, pueden ejercer un control mínimo sobre el territorio que no por ello les cambia el estatuto de las partes, pero sí determina qué Instrumentos jurídicos son aplicables:

- a) *En caso de que no hayan llegado a alcanzar un mínimo control sobre el territorio* la mayor parte del marco jurídico aplicable a este tipo de conflictos está prevista en el Derecho Consuetudinario de los Conflictos Armados. Rige fundamentalmente el art.3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que es un compendio de las normas esenciales¹²¹⁷ aplicables en todos los conflictos armados y, en general, se aplican la mayoría de los Instrumentos¹²¹⁸ del Derecho de los Conflictos Armados.
- b) *Pero si el grupo armado ha llegado a alcanzar un control mínimo sobre un territorio*, muy semejante al caso de una guerra civil, se aplica, además de los Instrumentos ya mencionados, el Protocolo II¹²¹⁹ adicional a los Convenios

¹²¹⁵ “1. Los que, induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión, y los jefes principales de ésta, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo; los que ejerzan un mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta de diez a quince años, y los meros participantes, con la de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. 2. Si se han esgrimido armas, o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima, o la rebelión hubiese causado estragos en propiedades de titularidad pública o privada, cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión, las penas de prisión serán, respectivamente, de veinticinco a treinta años para los primeros, de quince a veinticinco años para los segundos y de diez a quince años para los últimos.”

¹²¹⁶ El Tribunal de Ruanda. *Prosecutor vs. Akayesu*, caso nº ICTR-96-4-T, Sentencia de 02 de septiembre de 1998, punto 6.5 (art.3 común).

¹²¹⁷ Así lo entendió la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (párrafo 98); junio de 1986.

¹²¹⁸ Vid. Anexo I.

¹²¹⁹ En particular, el Protocolo adicional II contiene las siguientes disposiciones:- una lista ampliada de derechos y protecciones fundamentales;- disposiciones precisas sobre personas sujetas a restricciones de su libertad;-disposiciones sobre el enjuiciamiento y la sanción de infracciones penales cometidas en relación con conflictos armados, y la exhortación a conceder una amnistía amplia al cesar las hostilidades;-disposiciones más detalladas sobre heridos,

de Ginebra, que desarrolla y complementa el artículo 3 común. Pensemos en el caso de ISIS en *Siria e Iraq*.

El Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son plenamente aplicables en los Conflictos Armados No Internacionales (por ejemplo, en el caso de personas arrestadas o detenidas) y su alcance varía según se haya o no conseguido un control mínimo sobre el territorio que suele ser el teatro de las hostilidades. La suspensión de ciertas Normas de los Derechos Humanos debe ser compatible con las obligaciones del Estado en el marco del Derecho de los Conflictos Armados. La consecuencia de la participación *directa* de personas civiles en las hostilidades implica que pierden la inmunidad frente al ataque mientras dure su participación y que, en caso de captura, pueden ser sometidas a juicio penal en el marco de la Legislación Interna del Estado detenedor. El problema es saber qué se entiende por "*participación directa*" por cuanto que la "*indirecta*" no conlleva la pérdida de la protección contra ataques directos, así como la duración de la participación directa, esto es, cuándo se inician concretamente los preparativos de un ataque y cuándo termina la participación. En este sentido ya en su día la guerrilla y, hoy aún más la llamada por algunos "**guerra contra el terrorismo**", ilustran la creciente relación de las actividades civiles con las militares, lo cual dificulta determinar quiénes "*participan directamente en las hostilidades*" y qué medidas se han de adoptar a fin de proteger a las personas que no participan directamente.

Aunque los conflictos armados internacionales y no internacionales tienen fundamentos jurídicos diferentes, el comportamiento que se espera de las Fuerzas Armadas en la práctica en ambas situaciones es tan similar que no resultaría necesario ni útil tratar los casos por separado. Por ejemplo, el estatuto de prisionero de guerra existe sólo en el ámbito de los Conflictos Armados Internacionales. Sin embargo, el comportamiento que se espera de una unidad que toma prisioneros en un Conflicto Armado No Internacional (en particular, el trato humano en todas las circunstancias, sin distinciones adversas) no difiere del comportamiento que se espera en un Conflicto Armado Internacional. Sólo después de que los prisioneros han sido retirados de una zona de combate en condiciones seguras, cobra pertinencia el estatuto jurídico de un conflicto y se justifica una diferencia en el trato. Por ejemplo, los combatientes enemigos capturados en un Conflicto Armado Internacional deben permanecer detenidos en campamentos de prisioneros de guerra y ser liberados al final de las hostilidades activas, en tanto que las personas capturadas mientras participan activamente en

enfermos y náufragos, así como sobre unidades y medios de transporte sanitarios y personal médico;- disposiciones más precisas sobre la protección debida a la población civil, incluida la prohibición de desplazamientos forzados de civiles, a menos que sean necesarios para proteger la seguridad de las personas civiles o por razones militares imperiosas.

un Conflicto Armado No Internacional pueden ser detenidas y sometidas a enjuiciamiento penal conforme al Derecho Penal Nacional.

No puede esperarse que el personal de las Fuerzas Armadas se comporte de dos formas diferentes en los Conflictos Armados No Internacionales e Internacionales, pero es preciso que se les haga conocer las diferencias, y los miembros de servicios como la Policía Militar (*Force protection*) deben recibir la formación adecuada. A este respecto, no sólo el sentido común al que el Tribunal Penal de la *ExYugoslavia* ha invocado¹²²⁰ sino que **la Declaración**¹²²¹ **de Taormina** (Isla de Sicilia, Italia) de 7 de abril de 1990 señala como normas de conducción de hostilidades en este tipo de conflictos, igual que ocurre con los Internacionales, los principios de distinción, inmunidad de la población civil, prohibición de causar males superfluos y prohibición de la perfidia. Por su parte, **la Declaración**¹²²² **de Turku** (Finlandia) de 2 de diciembre de 1990, también hizo lo propio no tanto para el caso de conducción de las hostilidades sino también para los casos grises de situaciones poco clarificadas de aplicación de los Derechos Humanos en cualquier circunstancia.

V.C.2. Los internacionales

Un Conflicto Armado Internacional es una guerra declarada o cualquier otro enfrentamiento armado entre dos o más Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el estado de guerra. Para calificarlo como tal basta que haya enfrentamientos de baja intensidad (es incluso posible que no haya enfrentamiento alguno), en pequeñas incursiones en el territorio enemigo, o en una invasión que no encuentra resistencia. En este caso son aplicables **los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (CG I a IV)**, relativos a la protección de las personas que no participan (o han dejado de participar) en las hostilidades (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, personas fallecidas, personas civiles y las personas que prestan cuidados a las víctimas de los conflictos armados). El IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de las víctimas se aplica también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar (artículo 2 común a los cuatro Convenios de *Ginebra*)¹²²³.

¹²²⁰ Parágrafo 119 de la Sentencia de 02 de octubre de 1995, *Prosecutor vs. Tadic*, caso nº IT-94-I-AR72.

¹²²¹ Publicada en una edición especial de la Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 101, año XV, septiembre-octubre de 1990.

¹²²² Se puede encontrar en el Anexo del documento E/CN.4/1996/80, correspondiente a la solicitud dirigida por la Comisión de Derechos Humanos al Secretario General en su 52º período de sesiones.

¹²²³ **El Protocolo adicional I de 1977 (PA I)**, que complementa los Convenios de *Ginebra* de 1949, se aplica en Conflictos Armados Internacionales, en situaciones de ocupación (PA I, **artículo 1.3**) y en los conflictos armados en que “*los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a*

Otros Instrumentos¹²²⁴ Internacionales reglamentan la conducción de las hostilidades. En los casos no previstos en los Convenios, Protocolos u otros Acuerdos Internacionales, o en los casos de denuncia de tales Acuerdos, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los Principios del Derecho de Gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública (PA I, artículo 1.2; CG I, artículo 63; CG II, artículo 62; CG III, artículo 142; CG IV, artículo 158).

En los Conflictos Armados Internacionales, a diferencia de los que no lo son porque allí se les considera sólo delincuentes, se hace distinción entre combatientes y no combatientes. En el artículo 43.2 del Protocolo adicional I se establece lo siguiente: “*Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades*”. Todas las personas que no reúnen las condiciones establecidas para los contendientes de una Parte beligerante son no combatientes que no tienen derecho a participar en las hostilidades, pero que gozan de protección general contra los peligros derivados de operaciones militares (PA I, artículo 51).

Las personas que no forman parte del personal sanitario o religioso y que no tienen estatuto de combatiente se clasifican como civiles. En caso de duda acerca del estatuto de una persona, esa persona será considerada como civil.

El Derecho de los Conflictos Armados no prohíbe la participación directa de las personas civiles en las hostilidades. Sin embargo, las personas civiles que participan directamente en las hostilidades no tienen derecho a los “privilegios del combatiente”, por lo cual no gozan de inmunidad contra el enjuiciamiento por actos de guerra lícitos. Las personas civiles tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra en virtud del III Convenio de Ginebra sólo cuando han sido específicamente autorizadas a seguir a las Fuerzas Armadas sin formar parte integrante de ellas (CG III, artículos 4.4 y 4.5). En todos los demás casos, el IV Convenio de Ginebra

la libre determinación, consagrado en la Carta de las 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 las Naciones Unidas” (PA I, artículo 1.4).

¹²²⁴ En la guerra terrestre (IV Convenio de *La Haya* de 1907 y su Reglamento anexo) o marítima (X Convenio de *La Haya*), la protección de los bienes culturales (Convención de *La Haya* de 1954 para la protección de los bienes culturales y sus dos Protocolos, de 1954 y 1999), la prohibición o limitación del empleo de numerosos tipos de armas (Protocolo de *Ginebra* sobre la prohibición del empleo de gases, de 1925; Convención sobre armas biológicas, de 1972; Convención sobre ciertas armas convencionales, de 1980, y sus cinco Protocolos; Convención sobre armas químicas, de 1993, y Convención de *Ottawa* sobre minas antipersonal, de 1997), y el derecho de la neutralidad (V Convenio de *La Haya* sobre los derechos y deberes de las Potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre, de 1907, y XIII Convenio de *la Haya* sobre los derechos y los deberes de las Potencias neutrales en caso de guerra marítima, de 1907).

establece normas para la protección de personas civiles que estén en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas. El Protocolo adicional I establece normas para la protección de las personas civiles contra las consecuencias de las hostilidades.

V.C.3. Un *tertium genus*: los Conflictos armados internacionalizados

Se considera que lo es cuando en un Conflicto Armado Interno ya participan en él las Fuerzas Armadas de uno o más Estados extranjeros. Fue el caso, por ejemplo, de la guerra civil española. Esos Estados intervienen desplegando sus propias Fuerzas en el conflicto o ejerciendo el control general de las Fuerzas locales, pero a la pregunta de si ese control debe ser “general” o “efectivo” hay una evolución jurisprudencial: la que va del *Caso Nicaragua* (Sentencia de 1986 del TIJ), pasando por el **Caso Tadic** (Sentencia de 1999 del Tribunal de la *ExYugoslavia* –TPIY-), y que termina con el *Caso de 1995 de la masacre de Srebrenica* (Sentencia de 26 de febrero de 2007, otra vez del TIJ)¹²²⁵. En todo caso, al estar internacionalizados estos tipos de conflictos como los que como ejemplos acabamos de poner, para determinar qué Derecho es aquí aplicable es preciso considerar cuatro¹²²⁶ situaciones diferentes.

V.D. El especial caso de las misiones de paz

Las Operaciones de Paz abarcan todas las Operaciones multinacionales autorizadas o dirigidas por las Naciones Unidas. Las Operaciones autorizadas pueden ser dirigidas por Estados o por una Organización Regional. Las Operaciones de Paz se emprenden con los siguientes objetivos: prevención de conflictos, mantenimiento de la paz, imposición de la paz o consolidación de la paz después de un conflicto. El Derecho de los Conflictos Armados es aplicable a las Operaciones de Paz cuando se produzca un recurso a la fuerza que alcance el umbral de un conflicto armado.

La aplicabilidad¹²²⁷ del Derecho de los Conflictos Armados (*jus in bello* o las normas que rigen el uso de la fuerza en tiempo de guerra) no depende de la licitud de la operación (*jus ad bellum* o normas que rigen el derecho de recurrir a la

¹²²⁵ Vid. Anexo I.

¹²²⁶ 1. La relación entre dos Estados extranjeros que intervienen en apoyo de partes adversarias en el conflicto es regida por el Derecho de los Conflictos Armados Internacionales. 2. La relación entre el Gobierno nacional y un Estado extranjero que interviene en apoyo de Grupos Insurgentes es regida por el Derecho de los Conflictos Armados Internacionales. 3. La relación entre el Gobierno nacional y los Grupos Insurgentes es regida por el Derecho de los Conflictos Armados No Internacionales. 4. La relación entre los Grupos Insurgentes y un Estado extranjero que interviene en apoyo del Gobierno nacional es regida por el Derecho de los Conflictos Armados No internacionales.

¹²²⁷ En 1999, el Secretario General de las Naciones Unidas publicó un boletín (ST/SGB/1999/13) en el que se establecían los principios y las normas fundamentales del Derecho de los conflictos armados aplicables a las Fuerzas de la ONU.

fuerza). En las Operaciones de apoyo para la paz, también se debe observar el Derecho de los Derechos Humanos, particularmente cuando se toman medidas que interfieren con los derechos individuales. También los diversos contingentes aportados por los Estados miembros de la ONU tienen a su cargo las obligaciones internacionales del Estado del que dependen, así como las de sus Legislaciones Nacionales, a menos que el Mandato de la Operación de Paz disponga lo contrario. Además, sigue siendo aplicable la Legislación Nacional del Estado anfitrión, siempre que sea conforme a las normas internacionales.

En una Operación de apoyo para la paz, como en cualquier otra, el marco jurídico y las normas aplicables son determinados por la índole jurídica de la situación en la que se despliega la Fuerza. Por ello, el Mandato, las Reglas de Enfrentamiento (el establecimiento de las normas aplicables, particularmente en lo que respecta al uso de la fuerza) y los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas (SOFAS que rigen el estatuto jurídico de las tropas extranjeras en relación con un país anfitrión), son de índole meramente indicativa.

Por su naturaleza, las Operaciones de apoyo para la Paz son multinacionales. De ello resultan una serie de problemas:- es posible que los diferentes países que aportan tropas tengan distintas obligaciones jurídicas por no haberse adherido todos a determinado Instrumento jurídico.- También es posible que tengan interpretaciones divergentes acerca de sus obligaciones jurídicas o hayan formulado reservas al adherirse a un tratado o convención en particular.- Del mismo modo, pueden tener diferentes opiniones acerca de la validez de las directrices provistas por Instrumentos del Derecho indicativo como el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley o los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.- Por otra parte, también pueden haber formulado excepciones nacionales a ciertas Reglas de Enfrentamiento. Son las restricciones nacionales que en jerga operativa anglosajona se conocen como "caveats".

El Derecho Internacional Consuetudinario será la pieza clave que ayudará a resolverlos dado que establece reglas comunes para todos los miembros de la Fuerza. Puede servir como base para establecer Reglas de Enfrentamiento comunes o criterios de selección de los objetivos que pueden atacarse. Sin embargo, las normas consuetudinarias no pueden reducir las obligaciones que los Tratados aplicables imponen a los países que aportan Tropas.

V.E. Terrorismo internacional

Muy brevemente ya incidir al respecto que en los conflictos armados parece haberse producido un cambio cualitativo. Por un lado, vuelven al modelo de

enfrentamientos civiles y, por otro lado, apuntan a este fenómeno del Terrorismo Internacional como paradigma de ese nuevo tipo de conflictos máximamente lesivos para la seguridad humana global, toda vez que aquí se trata de luchar contra un adversario en la clandestinidad, que es a veces invisible, donde el enemigo en su estrategia se mezcla con la población, vive con y como ella (“Londonistán” ...), y que, sobre todo, no se atiene a las estrategias convencionales ni a las “Reglas de la Guerra”. La lucha contra este fenómeno, que a veces hasta incluye la suma de otros (narco-terrorismo, ciberterrorismo, etcétera), es más preventiva que represora, y, por tanto, requiere un estudio que “escapa a los linderos del Derecho de la Guerra” porque es transversal, es decir, es dable tanto en la Guerra como en la Paz. Por tanto, le será de aplicación el Derecho interno y el **art.3 común** si un atentado se realiza, además, en el contexto de un conflicto armado.

Y en esa línea, siguiendo a **SALMÓN**¹²²⁸, al comentar este fenómeno en los conflictos, éstos que pueden llamarse “de tercera generación”, tienen como manifestaciones apreciadas las tres siguientes: A) Los conflictos de identidad o étnicos: persiguen mediante técnicas genocidas una limpieza étnica similar a la que *Serbia* se propuso en *Bosnia-Herzegovina* con la población musulmana. B) Los conflictos desestructurados: la situación propia de Estados fallidos donde no se produce si quiera un golpe de Estado porque “no lo hay”, existiendo un caos generalizado. C) Los conflictos asimétricos: el ataque a Estados por un terrorismo globalizado y confabulador como el que, por ejemplo, invisiblemente protagoniza *Al Qaeda* (“*el gran pulpo de los mil tentáculos*”, en cita de **CONDORELLI**¹²²⁹).

Para finalizar, dos últimas anotaciones. Una nota de recuerdo¹²³⁰ y otra de apoyo documental¹²³¹.

¹²²⁸ **SALMON, E.** (2004). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ob., cit., pp.154-155.

¹²²⁹ **CONDORELLI, L.** (2001). *Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le Droit international?* RGDIP, tomo 105, nº 4, p.829.

¹²³⁰ Este Capítulo también es fruto de las reflexiones del “*II Seminario Internacional de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, celebrado los días 29 y 30 de octubre en 2009 (*Lima, Perú*). En el que se debatieron, entre otros, los problemas del narcoterrorismo de la zona del “Valle de Entreríos de Ayacucho” (el VRAE).

¹²³¹ Para el lector que esté interesado en complementar este Capítulo puede ver el “*asalto al cuartel de la Tablada*”, el “*conflicto del VRAE*” o el “*conflicto de Chiapas*”.

CONCLUSIONES

Esta tesis ha tenido como fecha¹²³² de cierre de investigación el día 31 de enero de 2016. Su materia estudiada es la actuación de las Fuerzas Armadas frente al fenómeno del terrorismo. El enfoque lo ha sido no sólo como *un delito local* cometido en situación de paz sino que abarca un alcance más holístico: el que está conectado a su dimensión internacional bélica.

Desde el punto de vista de la llamada "*Seguridad Integral*", se trata de un hecho violento de cariz político. Quiere subvertir la situación *in statu quo ante bellum*. Transciende al orden público interior y al ámbito penal. No afecta sólo a la actuación reglada de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en general. Entendemos que, por su *dimensión exterior*, afecta también a las Fuerzas Armadas en particular. Y son éstas el objeto preferente de nuestra atención.

La perspectiva que se adopta para ello, de acuerdo con el principio de asepsia política del Derecho Internacional Público respecto a las formas de organización de sus sujetos de Derecho, entre ellos principalmente los Estados, es la de un contexto que no tiene por qué ser sólo necesariamente democrático, como de hecho no lo es la organización de la propia ONU, pero sí donde no haya ningún terrorismo de Estado en el que las Fuerzas Armadas pudieran estar engranadas, toda vez que, por la precisa razón de su citada dimensión exterior, entendemos que, por principio, son un primordial instrumento para cumplir con las obligaciones estatales y apolíticas que, sobre lucha antiterrorista, la Comunidad Internacional impone. Además, muchas de esas obligaciones, aunque referidas a tal lucha, tienen su primer origen y última filosofía en el Derecho de los conflictos armados a través, por ejemplo, de la necesaria *neutralidad y no injerencia* políticas requeridas frente a los conflictos armados entre Estados soberanos, es decir, como un medio muy importante del apaciguamiento y de la mínima seguridad siempre pretendidos¹²³³.

¹²³² Aunque la tesis se acabó en esa fecha, lo cierto es que en el período posterior de su revisión tuvieron lugar, entre otros, los importantes atentados suicidas de *Bruselas en su aeropuerto*, el de Orlando en los Estados Unidos, y otros no menos importantes como el del aeropuerto en *Estambul* (Turquía) o en *Bagdad* (Iraq), así como el del 14 de julio (14-J) en el paseo marítimo de los ingleses en Niza con un camión frigorífico, entre otros, y que son inevitables al menos mencionar.

¹²³³ De hecho, *la necesidad de la cooperación interestatal en la lucha contra el terrorismo es una obligación abstracta del Derecho Internacional General* que, desde el **asunto del Alabama** (1872) y del **estrecho de Corfú** (1949), trae su origen en el ámbito del Derecho de los Conflictos Armados. En concreto, la justificación de que un Estado no coopere ni tolere bandas armadas en su territorio, o las instigue en las de otro, tiene su causa en el *deber de neutralidad* impuesto a los

Sin embargo, si la peligrosidad del terrorismo ya aumentó en su momento al adquirir la característica “internacional” que a veces lo puede predicar, en cuanto acto de un método violento que también lo es propio de cualquier conflicto armado, esto es, al poderse ubicar en el contexto de una estrategia y no como una mera táctica de lucha armada, el terror se multiplica exponencialmente. Y el resultado es que cada vez más lo hace, con estrategia o sin ella, hasta sin razón alguna. Tiene un trasfondo “nihilista” que conlleva que esté siendo cada vez más exportable desde tales conflictos a otros lugares, inclusive los que se entiende que están en situación de paz y más allá, incluso, de la condición o no de cualquier tipo de neutralidad. *Su globalidad y publicidad como política criminal es la particularidad actual más acusada de todas en la medida en que la expansión de los medios y recursos tecnológicos contemporáneos facilita, entre otros posibles factores, la comisión de ciertos actos del crimen internacional en general, e incluso hasta de los más graves, con los que también se puede relacionar, esto es, el de genocidio, el de agresión, el de lesa humanidad o de guerra, según los casos.* El propio terrorismo y el narcotráfico participarán en un futuro de su tipificación en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (TPI) porque, en cualquier situación, se parte de la premisa de que hoy en día unos y otros tipos de crímenes están interrelacionados.

Sobre tales bases, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Penal y Procesal, el Derecho Internacional Público y el de los conflictos armados, son *metodológicamente* la guía teórica y principal de este estudio que ha tenido por objetivos los siguientes, a saber:

En primer término, cuáles son *sus causas, sus tipos, sus efectos, así como las diferencias y elementos comunes* del terrorismo como fenómeno delictivo que coexiste con los conflictos armados actuales, tanto internos como internacionales.

Al preguntarnos por la conexión que pueda existir entre los dos fenómenos, hemos formulado la **primera hipótesis** afirmando que *si el terrorismo internacional contemporáneo no sólo es un delito, entonces es un acto de guerra*. De aquí surgen consecuencias:

Estados Parte en caso de conflicto armado. Este fue el punto de partida de **la Resolución de la AG 2625** de 24 de octubre de 1970 que aprobó *la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, y que a **la Resolución de la Asamblea General de la ONU 40/61, de 1985** no solo le sirvió para condenar el famoso **caso del Achille Lauro** sino de impulso práctico para que la mayoría de los Estados de toda la Comunidad Internacional asumieran las recomendaciones de la Organización de la Aviación Civil (OACI) creada por el Tratado de *Chicago* de 1944, esto es, para impedir ataques terroristas contra los medios de transporte no solo de tal clase.

En cuanto a los medios con que cuenta este tipo de lucha, el Derecho Penal de los Estados no es por sí mismo suficiente para combatirlo. El terrorismo globalizado es el fuego de una forma nueva de guerra injusta, pero menos onerosa que la guerra tradicional, que al menos en la teoría se puede sofocar mediante la gestión bélica del crimen a efectos penales, criminológicos y disuasorios por parte, sobre todo, de todos los Estados sin excepción. Sin embargo, tal como se demuestra con la fricción existente entre culturas y continentes acerca de la adecuación o no al respeto a los derechos humanos por parte de la teoría anglosajona de la guerra contra el terrorismo, puesta en entredicho con los casos de la cárcel de Guantánamo o del arma de los drones, en la práctica se requiere para ello de una acción coordinada, general, multidisciplinar y transversal que, por razones políticas ínsitas a las relaciones de la Comunidad Internacional, hoy por hoy no está consagrada. Existe todavía la doble ausencia de una definición universal del terrorismo así como de un tratamiento jurídico común por países cuyo gran vacío entorpece la máxima eficacia potencial de la lucha mundial antiterrorista.

El segundo objetivo propuesto, que se contempla en su segunda y tercera partes, ha sido abordar la lucha antiterrorista comparándola con el fenómeno bélico para saber si en virtud de esa semejanza su gestión puede ser la misma a través tanto de la jurisdicción internacional como de la jurisdicción nacional, ordinaria en general o militar en particular. Se ha tratado de averiguar el patrón de su legítima actuación: ¿puede ser válido tanto en tiempo de paz como en el caso de que exista una ruptura de hostilidades, es decir, que persiga la prevención, la persecución y la represión del terrorismo tanto cuando se comete como un delito como cuando se perpetra en el contexto de un conflicto armado?

Al profundizar en el pensamiento sobre su legitimidad, la lucha antiterrorista internacional se alimenta de soluciones dadas por el Derecho Internacional de los conflictos armados, así en la materia vista de la ocupación militar, y que también afectan a las actuales Operaciones de Paz. De hecho, experimentalmente se ha podido comprobar en el año 2003 a través de un trabajo de campo con prisioneros-pacientes en Iraq. De esa experiencia, además, es deducible que el esclarecimiento y determinación del estatuto de una persona cuando es detenida, tiene una dificultad cada vez mayor atendiendo a la nueva naturaleza de los conflictos armados. El motivo es que tales conflictos pueden estar mediatizados por el crimen internacional, utilizarse en ellos el ciberespionaje, o incluso por la posibilidad operativa de realizarse rescates de rehenes fuera de área, esto es, so peligro de violarse la soberanía e integridad territorial del Estado afectado.

Por su parte, la teoría anglosajona de “la guerra contra el terrorismo” no es, pese a lo que pueda parecer, novedosa para Europa. Llueve sobre mojado.

Obedece a un proceso político semejante al que dio lugar al nacimiento de las legislaciones penales de emergencia que, plasmadas en Códigos comunes (Alemania) o leyes especiales (Reino Unido), ya en los setenta del pasado siglo se dictaron en *Europa* por los diversos países de este continente que sufrieron el azote terrorista (caso del IRA en *Gran Bretaña*, *Alemania* con la RAF, *Italia* con las Brigadas Rojas y *España* con ETA).

Como **segunda hipótesis**, que tiene su fuente inspiradora en el precedente español de la amenaza de militarización de los controladores aéreos españoles por su huelga y cierre del espacio aéreo en el año 2011, afirma que *el ceñido corsé constitucional de la jurisdicción militar por estar referida en nuestro país sólo “al ámbito estrictamente castrense” no impide que pueda conocer también de los actos terroristas cometidos en tiempos de paz si, tal como estamos haciendo, se entienden como actos prolongados de hostilidad militar a los que por analogía se les puede aplicar la ley de los conflictos armados.*

La falta de reconocimiento de la jurisdicción militar por ciertos países de la Comunidad Internacional no impide la posible aplicación del *principio de la jurisdicción universal* por los países que sí la tengan establecida, pero tal principio no llega a ser completo no sólo cuando lo quiera aplicar un solo país. Hay dos déficits de jurisdicción que actualmente padece el Tribunal Penal Internacional (TPI) en materia de lucha antiterrorista: uno, que por su actual Estatuto romano de 1998 por el momento sólo puede castigar *indirectamente* el terrorismo a través de la figura tipificada de los crímenes de “lesa humanidad” o de los crímenes de guerra, es decir, de forma impropia y no como un crimen propio; y segundo, que la protección procesal de las víctimas es tan limitada que no admite la acusación particular con abogado por el monopolio de la acción penal por el Fiscal. La solución alternativa para paliarlos podría ser, en su caso, la vía arbitral. Por otra parte, a diferencia de **LAMARCA PÉREZ**, entre otros autores y juristas, no creemos que la actual regulación restrictiva del principio de jurisdicción universal del art.23.4 de la LOPJ en España carezca de las debidas garantías constitucionales de una tutela judicial efectiva teniendo en cuenta que, con la última reforma criticada de aquel precepto, España se vincula, en fin, a sus compromisos Internacionales contraídos: España no puede hacer “esa guerra” por sí sola...

Se ha formulado como **tercera hipótesis** que, *si se potencia institucionalmente la colaboración de lucha antiterrorista en el ámbito internacional entre los distintos y variados sujetos de Derecho Internacional, no sólo en el Derecho interestatal, ello da lugar a que esa máxima seguridad cooperativa se convierta en un factor de prevención general del terrorismo no desdeñable, por conllevar una probabilidad*

menor de comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra, y, por tanto, también del terrorismo.

Al igual que la idea de la separación de poderes es un factor de estabilización interna de un Estado de Derecho bien aseado, en el ámbito internacional la idea más amplia de colaboración como la propuesta hace menos probable la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra, y, por tanto, también del terrorismo, hasta el de Estado, por estar así no sólo éstos cada vez más expuestos a un mejor control y vigilancia internacionales de tales atrocidades.

El tercer y último objetivo ha sido escudriñar el papel que, según la propuesta que hacemos en el capítulo cuarto, deben desarrollar las Fuerzas Armadas en esa lucha. Sin perjuicio de la colaboración previamente vista que puedan desarrollar con el Tribunal Penal Internacional, sobre todo cuando se manifiesta en lugares de conflictos propios de Estados fallidos, a tal fin también se han delimitado los distintos regímenes jurídicos internacionales en torno al uso de la fuerza. Se han expuesto, entre otras razones, para que los miembros de las Fuerzas Armadas sean conscientes de su correcta actuación por la posible atribución de responsabilidad no solo propia, sino la estatal, que su patria pudiese contraer frente a toda la Comunidad Internacional en caso contrario. Es la que se deriva de un acto ilícito internacional que tiene su origen en la lucha antiterrorista, actos que en ocasiones son atribuidas a las Fuerzas Armadas de los Estados o, en su caso, a ciertas empresas contratadas.

Se ha estipulado como **cuarta y última hipótesis** que, *si la lucha contra el terrorismo Internacional quiere ser legítimamente eficaz, debe de tener un carácter preventivo, represor y permanente que, a su vez, para ser eficiente, requiere de un estudio omnicomprendivo y transversal que está ligado en todo caso a la correcta aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, a diferencia para un terrorista, la guía constante de actuación para todo militar.*

En el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional es donde más se puede visualizar la máxima de que todo militar viene obligado a respetar no sólo el Derecho interno sino sobre todo la vigilancia en favor de cualquier persona del art.3 común de los cuatro Convenios de Ginebra (el famoso Preámbulo *Maertens*).

Vista la exposición y comentario de las anteriores hipótesis, podemos hacer una mínima recapitulación de la tesis defendida. Lo hacemos afirmando que *el terrorismo está sancionado y castigado internacionalmente como procedimiento de guerra hasta llegar a considerar que hoy en día ya es de por sí constitutivo de una nueva forma de guerra y no sólo un medio de ella.* Tiene en común con ella que, si bien las causas históricas del terrorismo pueden obedecer a múltiples

variables de tipo geográfico, religioso o cultural, sobre todo responden a motivaciones políticas¹²³⁴.

La solución para la Paz no es fácil por varias razones que, a modo de **DIEZ CONCLUSIONES**, exponemos a continuación:

1. Los efectos y las consecuencias del terrorismo, como delito y acto de guerra, tienen un umbral histórico de distinta peligrosidad.
2. La peligrosidad actual del terrorismo internacional es su carácter global.
3. Al ser conscientes de la nueva realidad del terrorismo actual, y de la insuficiencia de su remedio por los medios procesales ordinarios, en esta tesis se asume como una solución posible y no descartable la posición de **KAY HEILBRONNER**. Está basada en el argumento *a fortiori* de aplicar en la paz las leyes de los conflictos armados como si ambos contextos fueran análogos.
4. Tomando como modelo la jurisdicción militar española, la interpretación que en esta tesis se defiende tiene el rédito de orillar las críticas que se hacen a la jurisdicción militar de ser sólo “doméstica” o profesionalmente “corporativa”. No se da cancha a ningún prejuicio sobre ella.
5. La lucha antiterrorista internacional también pone de manifiesto, para la mejor eficacia de actuación de las Fuerzas Armadas, que el asesoramiento jurídico se hace en cualquier caso necesario, sobre todo en Zona de Operaciones.
6. La lucha contra el terrorismo internacional eleva el nivel de prudencia operativa y judicial de la actuación de las Fuerzas Armadas con arreglo al principio de jurisdicción universal.
7. La determinación del estatuto aplicable a un terrorista cuando se le detiene en un contexto de conflicto armado no es automática. Precisa de una mínima investigación preliminar. En el futuro, no se descarta su compatibilidad con un nuevo y más restrictivo planteamiento procesal de las garantías humanitarias tal como hoy están siendo consuetudinariamente entendidas.
8. La lucha antiterrorista internacional puede afectar al alcance temporal (principio y fin) de una institución bélica tan característica como la de la ocupación y, por ende, también al régimen normativo equiparable de las misiones “de paz” y de las “operaciones fuera de área”.
9. Las garantías humanitarias mínimas estipuladas en favor de cualquier persona –incluido el terrorista– no tienen excepción en ningún conflicto armado, tampoco el de la guerra contra el terrorismo, no sólo porque exista la famosa

¹²³⁴ A nivel internacional han tenido su más clara manifestación en las reacciones violentas de los que están sometidos al yugo del colonialismo y del imperialismo. Al *igual que en la antigüedad, su causa más abstracta persiste. La encontraríamos en la propia lucha de supervivencia del débil y como un producto de la propia naturaleza humana* en su dimensión político-social. Dejando a un lado su inspiración revolucionaria y anarquista posterior, la manifestación actual de este fenómeno -fanático y nihilista- es propio también de las “guerras olvidadas” que caracterizan a los Estados fallidos.

cláusula Maertens en los Tratados ginebrinos del Derecho Internacional Humanitario sino por seguridad jurídica, esto es, porque también se ajusta como un guante al principio general *nulla poena sine lege*.

10. La superación de las deficiencias del Tribunal Penal Internacional en torno a su pretendida universalidad del conocimiento de los crímenes que persigue, exige de una mínima colaboración que también puede ser prestada por los Estados no sólo a nivel jurisdiccional sino a través de la institución militar en general y de todos sus miembros.

Las desarrollamos a continuación.

PRIMERA: Los efectos y las consecuencias del terrorismo, como delito y acto de guerra, tienen un umbral histórico de distinta peligrosidad.

El terrorismo era menos peligroso en sus inicios que en la actualidad. No sólo porque no existían medios de comunicación y avances tecnológicos como los actuales sino porque hasta en la guerra tradicional el control del terror estaba bajo la disciplina que imperaba en los ejércitos. Sin embargo, hoy en día se emplea el terror por el terror¹²³⁵.

La Historia y la **tipología** del terrorismo ponen de manifiesto que este fenómeno ha evolucionado de ser considerado desde una *ultima ratio* de los oprimidos a una *prima ratio* de una variopinta multitud de personas con diversas motivaciones, ya políticas, ya religiosas, e incluso nihilistas y no sólo colectivas (“lobos solitarios”). Entre ellas también encajan las que antaño en un contexto colonial justificaban la guerra de guerrillas, el de la lucha armada propia de las muchedumbres o insurrección de masas. En ese marco de beligerancia, dado que el nivel de violencia no era ya meramente simbólico, urbano y táctico como en el caso del terrorismo actual, sino estratégico como la propia guerra, en tales guerrillas sí se respetaba la premisa de que el terrorismo, sus actos y la toma de rehenes se hallan **en todo caso** prohibidos en cualquier tiempo y lugar por un principio bélico y de los derechos humanos que, precisamente, el terrorismo no quiere guardar: que “*la población civil no puede ser objeto de ataque*”.

¹²³⁵ Hace uso de los medios a su alcance como “un espectáculo publicitario” de propaganda para multiplicar la amenaza con carácter general y no solo para los contendientes de los propios bandos afectados. Prueba de ello es que históricamente ha habido Estados y no solo organizaciones e individuos que, siendo teóricamente los máximos valedores de los derechos humanos, en la práctica han llegado a utilizar este fenómeno como un arma política interna (terrorismo de Estado) o vicaria y extranjera (la subversión) sustitutiva de la propia guerra. Por ello **se trata de un recurso menos costoso y más económico** que -hoy por hoy- puede llegar a derrocar gobiernos en función de su “estrategia de la provocación” y si el contexto internacional resulta favorable.

Sin embargo, el vacío protector del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para el caso del terrorismo proviene de tres peligros principales conectados a su vez con la dinámica de las relaciones propias del crimen internacional en general:

En primer lugar, porque el régimen de guerrillas no puede aplicarse al terrorismo en la medida en que se ha agotado prácticamente el proceso de descolonización en el mundo actual¹²³⁶.

En segundo lugar, por la mera existencia de otra clase de terrorismo (“de Estado”) que tiene lugar cuando el que lo protagoniza en la Comunidad Internacional es el propio Estado, esto es, su sujeto de Derecho principal. En este caso el ente legitimado para hacer valer el Derecho no puede ser el propio Estado. Se necesitan de otras instancias internacionales que sí lo hagan cumplir.

Y, en tercer lugar, y sobre todo, por el carácter global del terrorismo de la Yihad y su forma fanática de actuar.

SEGUNDA: La peligrosidad actual del terrorismo internacional es su carácter global.

El antecedente histórico de la Yihad como lucha sagrada tuvo lugar en la época medieval con las cruzadas y la fundamentación teórica de “la guerra justa” (*ius ad bellum*). Era aquella donde en el desarrollo de una dialéctica interestatal no cabía el terrorista (como hoy lo entenderíamos) sino sólo el combatiente legítimo que luchaba contra otro de igual clase. Así se conseguía *la protección de la población civil*, que fue uno de los fundamentos del nacimiento del Derecho Internacional Público. También *desde esos postulados, carentes de los esquemas actuales de los derechos humanos, el terrorismo hoy sería una guerra injusta, al menos en su desarrollo (ius in bello)*.

La regulación de la propia guerra por el Derecho Internacional generó también *la responsabilidad de los Estados a los efectos de la lucha antiterrorista*. La regulación de la propia guerra finalmente por el Derecho Internacional

¹²³⁶ La guerrilla de antes solo tiene como alternativa de lucha actual el terrorismo puro y duro, de forma que en aquellos sitios donde puedan permanecer resquicios de conflictos coloniales latentes las operaciones militares preparatorias y admitidas de un ataque que legitimaban al guerrillero para distinguirlo entonces de un terrorista son ya prácticamente inexistentes por anacrónicas, por falta de su reconocimiento. No hay guerrilleros que puedan obrar hoy ya como tales. Lo hacen ya más bien como terroristas de por sí.

conllevaría a contemplar, prevenir, cooperar y castigar el terrorismo siquiera como si se tratase de un mero sucedáneo de los conflictos armados¹²³⁷.

Las consecuencias de esta apreciación son:

1. Que el terrorismo es un método de guerra y un fenómeno que coexiste con ella, pudiendo variar su calificación internacional penal. Será crimen de guerra sólo cuando quien lo comete (o colabora) o el objetivo de su acción son los componentes de Fuerzas Armadas combatientes, *no así si los atentados se realizan por no combatientes y tienen por objetivo a no combatientes*, en cuyo caso sólo podría ser calificado como crimen de lesa humanidad.

En el primer caso, dada su condición de combatientes y sólo si el conflicto armado es Internacional, tienen a su favor la presunción del estatuto de prisionero de guerra; no así en el segundo supuesto.

Por tanto, a *priori* sólo en el primer caso debieran teóricamente ser encausados por jurisdicción militar. Decimos “*a priori*” porque, sin embargo, si el terrorismo es como una guerra, nosotros sostenemos que la jurisdicción militar no sólo puede llegar a juzgar a combatientes legítimos en un conflicto armado internacional, sino incluso a combatientes ilegítimos, entre ellos los terroristas, y no sólo en un conflicto armado internacional.

Los actos preparatorios del hecho, por su parte, lo serán de delito o de crimen según se hayan entrenado respectivamente para atacar a población civil o a combatir.

2. El Derecho Penal de los Estados no es por sí mismo suficiente para combatirlo. El terrorismo requiere de una acción coordinada, general, multidisciplinar y transversal que, por razones políticas ínsitas a las relaciones de la Comunidad Internacional, hoy por hoy, no está consagrada. Falta una definición universal del terrorismo así como un posible tratamiento jurídico común por países que entorpece la lucha antiterrorista internacional. No está definido el concepto de “terrorismo” por consideraciones políticas entre los Estados de la Comunidad Internacional. Mientras que en la Europa comunitaria se ha considerado que la actual lucha contra el terrorismo no constituye un conflicto armado sino el castigo de un delito, para los países anglosajones sí es una nueva forma de guerra: “*la guerra contra el terrorismo*”.

Por consideraciones garantistas Europa se vale así fundamentalmente del Derecho Penal para su castigo en esa lucha, entre cuyas opciones más

¹²³⁷ Ese fue el caso más polémico de las guerrillas internas dentro de un Estado. Actos simplemente odiosos tales como la toma de rehenes nunca pueden encontrar justificación alguna en ningún caso, lo que no ha excluido en la práctica que, en ocasiones, se haya pretendido bajo pretexto de las “*luchas de liberación nacional*” o de la excepción de considerarlo como un “*delito político*” para oponerse a la concesión de extradición de terroristas.

cercanas con los EE.UU sería la llamada doctrina del Derecho penal “*del enemigo*”. Al igual que la llamada “guerra contra el terrorismo”, dicha doctrina tampoco es ajena a críticas por constituirse como un *primus inter pares* del Derecho penal de autor. Para contrarrestar esa crítica la concepción europea entiende el terrorismo como un delito que supone integración a banda armada, de forma que *se habrá de acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, no bastando jurisprudencialmente para ello, por ejemplo, la sola estancia del sospechoso en un campo de entrenamiento militar*¹²³⁸.

TERCERA: Al ser conscientes de la nueva realidad del terrorismo actual y de la insuficiencia de su remedio por los medios procesales ordinarios, en esta tesis se asume como una solución posible y no descartable la posición de **KAY HEILBRONNER** basada en el argumento *a fortiori* de aplicar en la paz las leyes de los conflictos armados como si ambos contextos fueran análogos.

Es decir, para colmar los vacíos apreciados en la lucha contra el terrorismo internacional hay que recurrir a la analogía de aplicar el Derecho de los Conflictos armados (al no dejar tampoco de contemplarlos) a los atentados terroristas cometidos también en la situación de paz.

Hay una razón de peso por la que, atendiendo a que se trata de un fenómeno global, nos adscribimos a ella: el carácter prácticamente *universal* de ese Derecho (cuando de la protección de derechos humanos se trata) le dota a los Estados de la Comunidad Internacional -en régimen de igualdad soberana- de un principio de jurisdicción *de tal clase que, a efectos extradicionales y criminológicos*, conlleva la ventaja de evitar la impunidad del terrorista. *Con la aplicación de las leyes de los conflictos armados a los atentados terroristas se evita la negativa de concesión de*

¹²³⁸ Se trata de un delito *permanente de estructura compleja* y definido como *aquel que ha de ser cometido bien con el fin de intimidar gravemente a una población, bien obligar al Estado a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, bien a desestabilizar a ese Estado u Organización Internacional en su caso*. Pero según se expone al hablar de la prueba de Asociación ilícita en la famosa Sentencia del 11-M (**STS Sala II Nº 503/2008, de 17 de Julio**, que ha sido objeto de estudio junto con otras que le anteceden -**STS nº 50/2007, de 19 de enero y 234/2001, de 03 de mayo-**), precisamente para evitar castigar las meras intenciones subjetivas al modo de lo que hace el Derecho Penal de autor (como el que tuvo lugar con el nazismo) *se habrá de acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción*, de forma que según su FJ 7º las dificultades de investigación propias del terrorismo islamista deben ser superadas, ya en la fase de investigación, siempre con respeto a la esencia de los derechos fundamentales, mediante la búsqueda y acreditación de datos objetivos verificables, no siendo un indicio de ellos –según **STS nº 556/06, de 31.05-** por sí mismo “*la sola estancia del recurrente en un campo de entrenamiento militar*”. No obstante, con la última reforma del Código Penal sí se contempla la figura de “los retornados”.

la extradición de ese terrorista por la perversión histórico-dialéctica de considerar un atentado terrorista como “un delito político”, puesto que tal consideración no cabe en el Derecho de los conflictos armados¹²³⁹.

Los esfuerzos universales de cooperación en la lucha antiterrorista ya se hallan ínsitos de esta forma en esa normativa bélica a través del desarrollo visto en el *deber de neutralidad de los Estados*, y siempre que su aplicación e interpretación lo sea *de buena fe*, para que no incurran en un recurso unilateral de la fuerza como fuente de otros problemas de violencia que se tratan precisamente de evitar.

Se trataría en consecuencia de potenciar dichos esfuerzos, tal y como se ha procurado:

1. Admitiendo como general el principio “aut dedere aut iudicare o punire” (juzga o extradita) en todo Convenio aéreo sectorial de lucha antiterrorista y de Seguridad aérea (el caso de los Convenios de *Tokyo*, *La Haya* y *Montreal*).
2. Con el ensanche hermenéutico a través del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas de la legítima defensa tradicional de los Estados (incluso cuando un ataque armado -no necesariamente consumado- no provenga aparentemente de uno o de varios Estados sino de un ente no gubernamental).
3. Intentando conseguir la mayor uniformización de los Códigos penales nacionales y, en su caso, también de los castrenses, para proceder a su disuasión o castigo con la misma diligencia debida tanto “*en tiempo de paz*” como “*en tiempo de guerra*”, es decir, según las cláusulas temporales de aplicación de los delitos militares en su caso. Y es en este último aspecto, una vez efectuado el estudio del caso del Código Penal militar español actual, donde se observa que tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra (y en algunos casos también en estado de sitio) hay delitos militares tan homologables como concursables con los atentados que suelen cometerse por terroristas.

En “tiempo de guerra” (hoy en el Código Militar español actual: “de conflicto armado”) son más numerosos en dicho Texto legal los delitos que como sujeto activo pueda cometer *tanto un militar como un civil (y, por tanto, también un*

¹²³⁹ Es decir, incluso en el supuesto de que un terrorista justifique su atentado por la motivación política guerrillera antes expuesta no deja de ser un acto que, junto con otros de la misma índole, *prolonga una situación de hostilidad militar a la que en cualquier caso se le debe de poner coto*: la naturaleza política del acto por el acusado en un atentado no puede llegar a ser un argumento aceptado de su justificación por considerarlo “soldado” en esas zonas híbridas de paz y de guerra, sino, como mucho, hasta el punto en donde su acción para proteger a otra persona o institución que las leyes de la guerra se esfuerzan en salvaguardar (los Movimientos de Liberación Nacional) *deba de ser necesariamente bloqueada*.

*terrorista que no tenga la condición militar), pues en todo caso cabe la posibilidad de que dicha condición sólo la haya adquirido precisamente para infiltrarse en las Fuerzas Armadas que él juzgue como sus enemigas, o que tenga en su caso hasta una participación por vía de extraño utilizando “como instrumento” a un militar, al igual que la conspiración, la provocación y la proposición. Sin embargo, en “tiempo de paz”, excluidos los supuestos de participación de extraños (no militares en un delito militar), o de infiltración como la antes mencionada, los únicos casos de delito militar homologables a atentados en que el sujeto activo de una infiltración penal militar puede ser “un paisano”, y en tal condición cualquier terrorista, son solo los siguientes: *el allanamiento de dependencia militar, los delitos contra centinela, la incitación, la apología, auxilio o encubrimiento del abandono de destino o residencia y la desertión, los delitos contra la Administración de Justicia Militar y la receptación de efectos militares.**

CUARTA: Tomando como modelo la jurisdicción militar española, la interpretación que en esta tesis se defiende tiene el rédito de orillar las críticas que se hacen a la jurisdicción militar de ser sólo “doméstica” o profesionalmente “corporativa”. No se da cancha a ningún prejuicio sobre ella.

Sin la necesidad de tener que llegar a ninguna sobreactuación, si conociera de estos delitos como tiene legalmente atribuida en exclusiva la Audiencia Nacional, sería una jurisdicción por fin completa y no especial, pero sobre todo imprejuizada, es decir, hoy por hoy tan necesaria como lo son las propias Fuerzas Armadas en las que se encuadra, máxime si se tiene en cuenta la progresiva y asidua ampliación de misiones que aquéllas suelen tener, *entre ellas la de la lucha antiterrorista, tanto en tiempo de paz como en un conflicto armado.* Proceder a una reforma legislativa en tal sentido, para nosotros sería cumplir con un orden lógico de las cosas.

La utilidad social de esta tesis interpretativa soslaya la impunidad del fenómeno terrorista. Potencia el ámbito de la lucha antiterrorista por tener que aplicar análogamente las leyes de los conflictos armados a actos que son cometidos por personas que -“se dice”...- no son combatientes (caso de los terroristas) pero sí igualmente extraditables: *si se considera que un acto terrorista es un acto de guerra*, tal como hemos defendido, las leyes de los conflictos armados tienen la ventaja universalmente reconocida de que la alegación de “móvil político” no es suficiente pretexto como para no tener que conceder una extradición. Se pone en evidencia así a los llamados “Estados refugio” porque *el Derecho Internacional humanitario ya establece de por sí una jurisdicción que es universal* -incluso hasta para los Estados que sean neutrales pasivos o activos (no beligerantes)-. Por tanto, allí donde tal jurisdicción militar exista –como en *España o Chile, entre otros*

países-, es dable argüir que conozca de la causa de un terrorista acudiendo incluso al Código Penal Común y atendiendo a la comparación de penas en el caso de concurso de delitos o leyes por razón de los tipificados en uno u otro Códigos, el común y el militar, así como al distinto tipo de coautorías de un mismo acto terrorista por la vía de participación del extraño, más si cabe cuando “*un terrorista puede hoy producir más daño a la sociedad que todo un cuerpo de ejércitos*”, expresión que se recoge en la Exposición de Motivos de la actual Ley Orgánica de Defensa Nacional.

Llamamos la atención a tener presente que el Código Penal Militar español, al regular la figura del centinela, contempla la locución operativa de “*circunstancias críticas*”¹²⁴⁰ con las que tal clase de soldado se puede encontrar para *poder* actuar, todo ello sin perjuicio de una función residual obligada *de tener que* intervenir en caso de flagrante delito. La formación actual de soldados por sus participaciones en Operaciones en el extranjero y en zona de conflicto, también les hacen idóneos para esos cometidos de lucha antiterrorista habida cuenta su experiencia internacional aprendida en el sentido de que, por desgracia, e independientemente de las calificaciones jurídicas realizadas *a posteriori*, *ellos mismos saben muy bien que también son víctimas directas o indirectas de ciertos atentados en tales escenarios* (sea cual sea su espacio). De hecho, tal como hemos expuesto a través de un trabajo de campo, especialmente la mayoría de ellos suelen ocurrir **en tierra** y el medio más común que les identifica como objetivo suele ser el del tráfico rodado, ya sea a modo de convoys o de patrullas¹²⁴¹, con toda su problemática operativa acerca de la legítima defensa y porte de arma.

¹²⁴⁰ **Entre ellas estarían las propias del contexto de una operación antiterrorista, en su caso**, incluso fuera del recinto militar, de acuerdo con la normativa no operativa de Seguridad, sin necesidad de ser centinela o vigilante. Así en este último caso por su cometido de tener que controlar el tráfico, en ausencia de agentes de circulación o en auxilio de éstos, tras haber obtenido autorización del organismo responsable y haber coordinado su actuación con dichos agentes, todo ello sin perjuicio de que tengan una función residual obligada en caso de flagrante delito.

¹²⁴¹ Según el trabajo de campo expuesto están hostigados por emboscadas que deben y suelen prevenir por medios bélicos o no, es decir, no solo por añagazas legítimas (estratagemas) sino mediante el manejo preparado de uso de arma, a través de ejercicios de tiro (con la problemática que conllevan -ambulancias, personal médico, etc.-), así como con cursos sanitarios (con la primera asistencia de urgencia que es precisa). Lo hacen sin perder nunca de vista que las labores de evacuación y de atestado siempre lo son de equipo y que, según la jurisprudencia relativa a los delitos militares “*de los de contra la eficacia del servicio*” (antiguos arts.155 y ss. del CPM), la creación del peligro está admitido en el manejo y utilización de las armas en ejercicios de tiro de fuego real cuya realización forma parte de su adiestramiento, *sin que ello autorice a rebajar el nivel de exigencia del deber de cuidado sino que, bien al contrario, éste ha de elevarse hasta quedar situado a la altura que demanda el riesgo extraordinario que se crea con objeto de evitar el resultado*.

Asimismo, respecto al **uso y tenencia de armas por causa de legítima defensa**, teniendo en cuenta que son también laboralmente “seguidos” por personal civil en misiones de paz -no por ello no peligrosas- (el caso de los traductores o intérpretes), *tal circunstancia no justifica que éstos las porten por dos razones*: no solo para evitar confusiones estatutarias operativamente perniciosas sino porque, aunque puedan vestir el mismo uniforme (precisamente para evitarlas), el riesgo laboral que tales intérpretes desempeñan está cubierto gracias al instituto de la legítima defensa y

Además, la correcta responsabilidad propia de la normativa estatal en materia de armas debe de ser cumplimentada por la Dirección General de la Guardia Civil y la Intervención de armas. Así será más difícil que por deterioro o destrucción de su mercado proliferen armas ilegales, *más si cabe cuando los propios soldados también están habituados a llevar a cabo operaciones de su prevención mediante la captura de prisioneros de guerra (en su caso) o incluso por operaciones antiterroristas y contraterroristas, o de desarme, donde se practican requisas, decomisos y confiscaciones*, es decir, restricciones limitativas de su posesión que no conllevan indemnización alguna para el caso de estar bien practicadas. Respecto a este último punto, se ha visto precisamente la diferencia entre la requisa militar de guerra y el decomiso, es decir, al tratarse esta última de una sanción penal, administrativa, policial o aduanera justificada por razones de seguridad y de orden público, lo que nos ha llevado a concluir que el decomiso es una institución muy apropiada para la lucha antiterrorista y de la destrucción del material incautado, caso de la insalubre droga.

La introducción de esta última como elemento añadido al problema merece un comentario muy especial: piénsese que *la lucha contra la droga es, además, en su conexión con la lucha antiterrorista, la única posible de definirse en términos políticamente correctos como de auténtica “guerra”, es decir, al menos en Europa*. Por otro lado, aquí sí cabe luchar (contra la droga) mediante la figura del *delito provocado*, cosa que lógicamente no ocurre directamente en la lucha contra el terrorismo. Se trata de la única que al militar le sirve en todo caso como excusa para justificar sin gran oposición política o social la necesidad de sus crecientes recursos. En esa otra guerra se cuenta con el soldado por *sus dos habilidades más específicas: su formación en el manejo de las armas y la obediencia debida*.

La persuasión argumental en la defensa de la participación de los militares en esta tarea se ve aumentada, además, porque para ello *no se necesita gente especializada*, porque la utilización de las armas en la mayoría de las ocasiones será muy escasa y porque, aunque los militares puedan o no manejar la hoz de siega con mayor destreza que los civiles, la erradicación de tales cultivos suponen una actividad intensiva de *mano de obra que en el Ejército ya se encuentra pagada*. Supone crédito de simpatía local y es fácilmente disponible, sin ir más lejos, por no tener derecho a la huelga. Por su parte, desde el punto de vista económico, allí donde se asientan Fuerzas Armadas éstas *conviven con el “enemigo”* porque una alta presencia castrense en una determinada área implica

dominio del hecho *de otro*, en este caso el del soldado al que acompañan y que sí tiene derecho al porte de arma.

que el coste medio de la producción de droga (los pagos por corrupción a funcionarios locales, entre ellos también militares) se reduzca¹²⁴².

QUINTA: La lucha antiterrorista internacional también pone de manifiesto, para la mejor eficacia de actuación de las Fuerzas Armadas, que el asesoramiento jurídico se hace en cualquier caso necesario, sobre todo en Zona de Operaciones.

Coadyuva también a las funciones oficiales de cualquier embajada en torno a la protección de sus nacionales en el extranjero, motivo por el cual no sólo hemos esquematizado cuál es su funcionamiento interno en la práctica, sino los problemas en torno a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia letrada, más si cabe cuando el propio sistema anglosajón y el europeo se subdivide en distintas formas que, sólo gracias a los distintos estatutos de la Fuerza (SOFAS), pueden resolver la pregunta de saber, en primer lugar, si ante la multitud de dependencias jerárquicas y disciplinarias entre las tropas aliadas es la ley de bandera del soldado afectado en maniobras y operaciones la que le es aplicable en vez de la ley local; y en segundo lugar, algo quizá mucho más importante, saber qué ocurre cuando un soldado u oficial comete un crimen en otro país estando en una unidad militar o en unas maniobras.

Es en este punto donde en la OTAN rige el principio de “*la ley de bandera*” sobre todo cuando se trata de *delitos intra organizativos*, es decir, que atentan contra intereses militares o de servicios del país interviniente. En cambio, si se trata de *delitos comunes*, sancionados en ambos ordenamientos, *entre los que puede estar el delito de terrorismo*, la regla de conflicto es que la jurisdicción del país de acogida tiene prioridad, aunque también es común que el país del presunto criminal solicite la renuncia de jurisdicción si hay reciprocidad de tratamiento para ese mismo supuesto¹²⁴³. *Ahora bien, como es razonable, en misiones bélicas o de*

¹²⁴² En lugares como *Afganistán*, la utilidad marginal de su coste se hace precisamente decreciente y, por tanto, será más barata su producción que en otros territorios: con que solo haya militares fácilmente corruptos por “menudeos” el enemigo se evita pagar otras “mordidas”, aquellas que en otro caso tendrían. Por ello, una propuesta que hacemos en la lucha contra la droga (y, por extensión, contra el terrorismo) consiste en que sabiendo que esa “carne de cañón” puede ser una presa fácil del enemigo, por la vía del “delito provocado”, y con el apoyo de la inteligencia y del jurista, el mando del contingente desplazado puede, en su caso, confeccionar el “cebo operativo” de un determinado personal propio seleccionado e idóneo con el que, sin que nadie más lo sepa, el enemigo pueda otra vez “*morder la manzana de Eva y Adán*” (caer en la trampa) y poner un pie en falso en la añagaza creada, es decir, así descubrirlo, redarlo y acorralarlo hasta desactivarlo.

¹²⁴³ Similares reglas existen para los casos de detención de un soldado extranjero por parte de las autoridades del país anfitrión que tendrán que cumplir una serie de requisitos para entregarlo, cuanto antes, a las autoridades militares de su país. ***Existen, no obstante, importantes lagunas y puntos de fricción.*** Piénsese que la Unión Europea, que suele carecer de SOFA propio, es partidaria de someter todo a la jurisdicción del país anfitrión y, sobre todo, es importante destacar el amplio movimiento de la UE, liderado por Francia, para elaborar un estatuto completo en el que todo quedase previsto y juzgado por autoridades comunes internacionales, sin llegar al conflicto

intervención, la regla general e inflexible es la de bandera, motivo que refuerza nuestra tesis de su conocimiento en favor de la jurisdicción militar¹²⁴⁴, más aún si cabe si el uniformado es, en realidad, un terrorista infiltrado.

SEXTA: La lucha contra el terrorismo internacional eleva el nivel de prudencia operativa y judicial de la actuación de las Fuerzas Armadas con arreglo al principio de jurisdicción universal.

En este punto se parte de la base de que Fuerzas Armadas occidentales como las españolas también están últimamente desarrollando espacialmente operaciones no sólo de lucha tradicional contra la piratería sino contra el propio terrorismo **en la mar** (*Operación Atalanta* en el Índico y costas de Somalia), *con autorización de la ONU para adentrarse no sólo en el mar territorial sino dentro del propio territorio donde tienen lugar ambos fenómenos, esto es, con capacidad suficiente para detener y perseguir.*

Por tanto, los jueces y asesores jurídicos militares españoles también deben de ser prudentes en sus posibles decisiones y dictámenes sabiendo que, si bien tal clase de delitos justifican la jurisdicción universal prevista en el art.23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, tal aspiración de justicia no es absoluta sino relativa:

- Por un lado **los Convenios Internacionales previstos a tal efecto** no tienen un carácter global sino temporal y geográfico limitado y, por tanto, como solución antes ya política que es sólo aplicable a determinadas zonas fijadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y para determinado momento.
- Porque en materia de procesamiento, si bien todos los Estados de la Operación en cuestión necesitan tener respaldada por la ley internacional esa facultad procesal contra las personas que perpetren actos de violencia contra barcos extranjeros en sus diferentes formas, **la práctica** estipula acuerdos de extradición para residenciar su procesamiento *en un solo país* con el propósito de ser así juzgados finalmente en él y no en otro.
- Porque, sobre todo para *España*, con la última reforma de *la jurisdicción universal* que tuvo lugar en nuestro país por **Ley Orgánica 1/2014, de 13**

entre la ley territorial y la de bandera, lo que evitaría desigualdades y estaría en perfecta sintonía con la UE. No obstante, **el problema surge cuando el país no sea de la órbita europea.**

¹²⁴⁴ Por tanto, toda esta problemática también nos ha llevado a confeccionar el **esquema de un régimen judicial de actuaciones ante cualquier acontecimiento trágico** que provoque fallecidos cuyo número, características o circunstancias superasen la posibilidad de respuesta local normalizada, régimen que comenzaría con la coordinación de acceso de datos con un Gabinete de Crisis, pasaría por la realización de las diligencias judiciales correspondientes (levantamientos de cadáver, de inspección ocular, etc.) y terminaría con la contemplación de los problemas procesales, de armas y de tanatorios que tales catástrofes conllevan.

de marzo, pese a tratarse más un deber que un derecho cogente de por sí el tenerla en ciertos casos que aplicar, **los requisitos para su aplicación por un juez español han evolucionado hacia criterios cada vez más exigentes y restrictivos**. Es decir, *ya no basta el mero criterio subsidiario de que la extradición del delincuente aprehendido al Estado que lo deba de juzgar la haya rechazado sino el nexos procesal de que ese delincuente esté en el territorio del Estado ofertante de esa extradición rechazada, así como que entre las víctimas haya personas de nacionalidad española*.

No obstante, tampoco es cuestión de que haya que añadir arbitrariamente aún más requisitos: al poco tiempo de entrar en vigor tal reforma, y con ocasión de un archivo por asunto de narcotráfico en espacio marino de alta mar, el Tribunal Supremo corrigió a la Audiencia Nacional estipulando la interpretación según la cual la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos (bien por Tratado, bien por consenso de la Comunidad Internacional), de forma que -a diferencia de la Audiencia Nacional- no entendió en ese caso como necesario para aplicar la jurisdicción universal *que el procedimiento se dirigiera contra español y que se tratase de la realización de actos de ejecución de un delito de narcotráfico o de la constitución de un grupo criminal con miras a la comisión de ese delito en España*. En otro caso sería tanto como añadir aún más requisitos. En la actualidad, tras la reforma del art.23.4 de la LOPJ, podría decirse que la jurisdicción universal para el Reino de España ya no es obligatoria sino optativa, pero en todo caso sujeta a los siguientes nexos que son obligados comentar:

Respecto al primero, consistente en *que los presuntos responsables “se encuentren en España”*, se trata de un requisito objetivo de procedibilidad, que pretende que a nadie se le juzgue en su ausencia¹²⁴⁵.

Respecto al siguiente criterio dentro del primero, *que existan víctimas de nacionalidad española*, se corresponde con el principio de personalidad pasiva y no el de universalidad, lo que no deja de ser una novedad contradictoria de nuestro ordenamiento su reconocimiento insertado precisamente dentro del segundo, de forma que si el vínculo por el que se enjuicia es el de la residencia de la víctima o

¹²⁴⁵ Pretensión que a juicio de **LAMARCA PÉREZ** es problemática porque en caso de fuga ya una vez iniciado el proceso, es probable que se deba de pedir su extradición cabiendo el consiguiente riesgo de impunidad. Para evitar en tal caso algún supuesto como el de *Scilingo*, a quien no se le retuvo su pasaporte y pudo viajar pese a ser finalmente juzgado, **habida cuenta la gravedad de delitos de los que se trata** es difícil que no se adopte una medida cautelar personal de su aseguramiento y de su prórroga si ésta fuera necesaria.

del autor, encajarían más bien en el segundo nexo visto como tal consistente en *la existencia de “cualquier vínculo con España”, nexa que será preciso reglar y tasar*¹²⁴⁶.

Y en cuanto al tercero, referido a que “*la cosa no esté juzgada*”, dejando a un lado los supuestos de terrorismo de Estado que, de hecho, precisamente por Él no suelen ser juzgados, *cabe además el problema de que una jurisdicción militar como la española, si se diera el caso, pueda no ser reconocida en otro país como una jurisdicción como tal*, o a la inversa respecto a otro país, *extremo que por los Tribunales y un Gobierno que, como el español, dirige la política exterior, podrán resolver, no tan sólo con arreglo al principio de oportunidad que rigen las relaciones internacionales, sino también sobre la base de la exigencia requerida por la Sentencia del TC sobre el caso Guatemala de apreciar al caso una correcta aplicación o no del principio de prueba, así como que ésta no sea diabólica, y sobre todo, que haya una remisión del delito del que se quiere conocer a un Tratado*¹²⁴⁷ que –*como fuente de Derecho Internacional Público- estipule su persecución en España*. En este último sentido la jurisdicción militar española no tiene por qué ignorar su existencia a la hora de enjuiciar si se tiene en cuenta que la lucha antiterrorista se trata una materia no sólo multidisciplinar sino incluso legalmente transversal cuya actividad, la de reclutamiento, de entrenamiento en campos militares, de complot e infiltración, *están conexas con los delitos propiamente militares de traición, rebelión y sedición, entre otros*, además de que no es descabellado que a través de los medios tecnológicos hoy existentes un individuo que esté en un país en guerra puede atacar desde allí a otro que esté en paz pero sin una total e inabarcable seguridad. Es decir, que delito y acto de guerra a veces por el terrorismo se pueden llegar a identificar.

En suma, a diferencia de **LAMARCA PÉREZ**, una vez comentados *los pros y contras* de la jurisdicción universal española así como los problemas¹²⁴⁸ que

¹²⁴⁶ Para **LAMARCA PÉREZ** se trata de un concepto jurídico indeterminado que puede ir en contra del principio de legalidad en el acceso a la tutela judicial efectiva por haber múltiples interpretaciones que pueden rayar en el absurdo. A *nuestros efectos*, por ejemplo, lo sería el que bastaría alegarlo para un bosniaco por haber estado nuestro país en el suyo realizando una simple misión de paz. *Ello nos hace pensar que por seguridad jurídica será un nexa que en un futuro será preciso reglar y tasar*, toda vez que en el ejemplo dado no será lo mismo saber, por ejemplo, si la misión española de paz en Bosnia u otro lugar realizada habrá sido de imposición o de mantenimiento de la paz, del tipo de país de que se trate, de los vínculos con él sólidamente ya creados, así como de su duración.

¹²⁴⁷ Están entre ellos los cometidos contra personas internacionalmente protegidas, no solo los diplomáticos, sino incluso el personal ONU en misión de paz, el apoderamiento ilícito de aeronaves, los cometidos contra la seguridad de la aviación civil internacional, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, la toma de rehenes y el propio terrorismo así como su financiación, por no citar también la piratería y el tráfico ilícito de drogas, es decir, la criminalidad internacional en general y a gran escala.

¹²⁴⁸ Problemas entre los que todavía está (1) la falta de atracción directa de su conocimiento por la Corte Penal Internacional, (2) el de la diferente regulación de procedimientos plasmados en

plantea en torno al terrorismo, lo cierto es que *no creemos que la limitación actual del principio de universalidad en España de su jurisdicción atente a las garantías que cita esa autora y, por tanto, que estemos hablando de una reforma que haya de tacharse de inconstitucional*¹²⁴⁹.

En definitiva, como consideraciones finales en este punto también cabe decir:

- 1) Que la cuestión de si el principio de jurisdicción universal existe en el Derecho Internacional General para los casos de piratería y terrorismo tiene para cualquier juez más importancia de la que pueda parecer. Afecta al ámbito de la responsabilidad estatal en la medida en que el Estado que la ejerza para un delito de tal clase, si no estuviera reconocida tal posibilidad por el Derecho Internacional consuetudinario, realizaría un acto ilícito internacional aunque fuera conforme al ordenamiento jurídico interno.
- 2) Que el principio de jurisdicción universal es relativo y no siempre aplicable en función de los Tratados. Ejemplo: Una prueba de ello es que, dado que España forma parte tanto de la órbita objetiva y territorial de aplicación de los Convenios de Derechos Humanos –así el europeo de Roma- como de aquellos otros que establecen alianzas militares -como la de la OTAN- que eventualmente justifican actos extraterritoriales fuera de área, **el asunto *Bankovic contra el bombardeo en la Ex Yugoslavia por diecisiete Estados de la NATO*** también ha puesto de manifiesto que, salvo circunstancias excepcionales (*ocupación militar o consentimiento de violación de soberanía por un Gobierno local*), *a los efectos jurisdiccionales el Convenio citado de Roma parte en su artículo 1 de una concepción esencialmente territorial de los Estados que les excluye de su conocimiento jurisdiccional por los actos extraterritoriales que puedan haber cometido.*

comisiones rogatorias, de la detención y de sus diferentes plazos, (3) el de la diferencia entre extradición y expulsión a un terrorista, o (4) el que cada vez más se pueda sufrir un control de tráfico de índole propiamente militar fuera de un recinto incluso de tal clase, otorgándosele para ello a ese soldado obligado a practicarlo la correspondiente “autoridad”, e independientemente de que su tradicional condición de “centinela” pueda hoy por hoy superarse por su “invisible adversario” en las redes sociales de internet hasta lograr su inefectividad.

¹²⁴⁹ Esta negativa la hacemos por cuanto que, en todo caso, no solo a veces hay una fijación política unidireccional hacia las víctimas que impulsa o no la acción de la Justicia (*para el caso Couso sí, para el caso de los agentes del CNI en Irak no; para la piratería en Somalia sí, para la piratería de otro lugar no*), sino que además de evitarse el problema de que en unos países conozca en su caso la jurisdicción militar y en otros no, existen en la actualidad Organizaciones Internacionales universales y regionales que **quizá puedan ser más potenciadas para evitar en último extremo cualquier tipo de impunidad**, entre ellas, y sobre todo, la ya mencionada “Corte Penal internacional”.

- 3) Que el terrorismo internacional no es aún materia de la competencia de la Corte Penal internacional, pero está previsto que lo sea en un futuro junto con el narcotráfico.

SÉPTIMA: La determinación del estatuto aplicable a un terrorista cuando se le detiene en un contexto de conflicto armado tampoco es automática sino que precisa de una mínima investigación preliminar. En el futuro no se descarta su compatibilidad con un nuevo y más restrictivo planteamiento procesal de las garantías humanitarias tal como hoy están siendo consuetudinariamente entendidas.

Un tópico es decir que el terrorista no puede tener en su favor el estatuto de prisionero de guerra *en un conflicto internacional* porque no es un combatiente. Sin embargo, esta afirmación es matizable por el juego de presunciones existentes tras una detención. En el caso del terrorista se suele decir que dicha situación no es la de prisionero de guerra sino otra como la de cualquier delincuente civil porque *no se trata de un combatiente*; no obstante, esto no es un axioma automático durante el desarrollo de tales conflictos porque en todo caso, *antes y durante cualquier investigación preliminar propia de las circunstancias de su captura, también todo terrorista goza en todo caso de dos presunciones iuristantum posibles*:

- Por un lado, la de ser un combatiente y, por tanto, gozar del estatuto de prisionero de guerra, siempre que haya realizado un acto hostil que sea el que precisamente motive su captura, que solicite expresamente serlo, y porque aquel acto hostil lo haya realizado *conduciéndose de acuerdo con las leyes y usos de la guerra*, requisito este último que -tratándose de un verdadero terrorista- es el más difícil de reunir en la pieza probatoria.
- Por otro lado, *en caso de duda*, siempre tiene a su favor la presunción de ser considerado población civil, de forma que *sólo cuando no haya el mínimo resquicio de duda de que no se trata de un combatiente* esa persona civil podrá ya ser considerado como un delincuente, un mercenario, un terrorista o un espía, según los casos, y, por tanto, ser juzgado por el tribunal competente como tal *pero, según tiene sentado como criterio el propio Comité Internacional de la Cruz Roja para el famoso caso de los presos de Guantánamo, siempre y en todas las circunstancias con las garantías mínimas propias del Derecho de los derechos humanos, esto es, aquellas garantías que no evitan que la persona capturada en cuestión finalmente pueda en su caso ser juzgada ya por terrorismo incluso por vía de extradición si fuere menester*.

No obstante, respecto a este último supuesto, y por alusión a la frase que **Tony Blair** notoriamente pronunció en su día tras el 11-S (“*las reglas del juego están cambiando*”), a raíz de la necesaria modificación de Tratados, así los de extradición, y con arreglo a la cláusula *rebus sic stantibus*, o a la adopción de medidas como las de la seguridad en aeropuertos -y que no por volverse cotidianas serían más propias de unos tiempos de guerra que los de paz, habida cuenta la alarma social del terrorismo actual tras el 11-S-, no hemos descartado la siguiente consideración incluso en tiempos de guerra: *que, en la práctica, la evolución de los tiempos pueda conllevar un nuevo y más restrictivo planteamiento procesal de tales garantías humanitarias tal como hoy están siendo consuetudinariamente entendidas.*

Las leyes penales y procesales antiterroristas especiales adoptadas por algunos Estados en su historia constituyen su precedente, pero actualmente tres han sido los casos que nos han llevado a esa conclusión: (1) el de la posible infiltración de terroristas en las Fuerzas Armadas, (2) el de la problemática de las operaciones fuera de área como la que tuvo lugar en *Abbotabad* para capturar a *Ben Laden*, y (3) la aparición de una nueva arma en el ámbito espacial aéreo (los drones).

Respecto al primer supuesto, la posibilidad de infiltración de terroristas en las Fuerzas Armadas estatales (a las que también espían), se debe de prever, o de antemano evitar, que mediante semejante argucia pudieran acogerse fraudulentamente a la garantía estatutaria de combatiente y de prisionero de guerra que en realidad no les corresponde, *cuestión que si para el espionaje se resolvía a través de la distinción entre espionaje lícito e ilícito, del mismo modo se podría interpretar (al menos para el caso aquí contemplado) que hay combatientes legítimos e ilegítimos*, entre estos últimos el caso mencionado de los terroristas infiltrados (sin necesidad de usar ningún “disfraz” porque simplemente visten con el uniforme que es reglamentario), *en cuyo caso su tratamiento no sería el que pretenden de prisionero de guerra sino el que quieren evitar: el de espía traidor por el que, siendo en realidad civiles, al querer participar voluntariamente de las hostilidades pierden su protección estatutaria en el combate y, por tanto, también se convierten en objetivos lícitos de ataque si se dan las circunstancias para que éste se dé.*

No compartimos del todo el criterio notorio de la Cruz Roja cual es el de separar estrictamente y para todos los casos los criterios de combatiente y no combatiente. Creemos que, si atendemos el caso explicado del terrorista infiltrado dentro de un contexto donde los conflictos de hoy son asimétricos y compuestos de actos militares hostiles en el tiempo prolongados, sí hay razones como la explicada para poder distinguir lícitamente entre el combatiente legítimo y el ilegítimo, categoría

esta última en la que incluiríamos al terrorista infiltrado junto al espía y al francotirador¹²⁵⁰.

Respecto al segundo supuesto es el análisis de la muerte de *Osama Ben Laden* a finales del 2011 lo que nos ha llevado al debate de la legalidad de las “operaciones fuera de área”, así las de rescate de personas tomadas como rehenes y/o de la captura de sus autores; debate en el que hemos matizado la postura de **MANGAS MARTÍN** (cuando nada más ocurrir aquel suceso se pronunció manifestando que -a diferencia de terminada la segunda guerra mundial- EE.UU no se había ajustado a la normativa de prisioneros de guerra) significando que los Tribunales de *Nüremberg*, en realidad, no fueron tan modélicos como la citada internacionalista nos presenta (por su carácter *Ad Hoc* contrario al principio de legalidad), porque *el caso que aquí se comenta no fue producto de una rendición bélica expresa como en la II guerra mundial sino de una peligrosa operación militar y antiterrorista enmarcada en el contexto de una guerra declarada contra el terrorismo por los EE.UU*, es decir, aquella donde el propio *Ben Laden* tendría perdida a través de sus actos terroristas su condición estatutaria de ser un “civil” que no hubiera llevado actos hostiles y que le impidiera -en caso de mantenerla- no ser objeto de ataque.

A diferencia de D^a Araceli, si hubiera que discutir la legalidad de dicha operación, el cómo y el dónde, nosotros le damos por el contrario más importancia al hecho de que la actuación norteamericana de sus fuerzas armadas tuviera lugar en *Pakistán*, esto es, fuera de su área soberana de actuación y en la medida en que, pese a que hubo por el Parlamento pakistaní (14 de mayo de 2011) una condena de esa acción extranjera en su territorio (hasta el punto de violar su soberanía nacional), lo cierto es que la principal agencia de inteligencia del país había reconocido también que antes había compartido información con EE.UU sobre *Ben Laden*, algo cada vez más natural y necesario en virtud de la obligación

¹²⁵⁰ Es más, si tenemos en cuenta que los terroristas se sirven de las nuevas tecnologías, fundamentalmente teléfonos móviles e internet, su uso combinado con esa forma subrepticia de actuar dentro de las propias instituciones oficiales conlleva que los combatientes de hoy hasta *puedan llegar a vencer a su enemigo sin luchar* a la antigua usanza porque simplemente se sirvan de la delincuencia como nuevo campo de batalla de esta nueva clase de guerra. De hecho, la estrategia de seguridad ante las nuevas amenazas -**el ciberespionaje**- lo tienen en cuenta al proponer la privatización de su control como la mejor solución para la completa protección de las infraestructuras críticas, de las organizaciones y empresas, de la industria y de los propios ciudadanos, si bien al tratarse de delitos internacionales que traspasan fronteras también es legítimo plantearse como solución más óptima la posible militarización de la red para poder superar con más facilidad los inconvenientes de la falta de cooperación internacional en la lucha contra él, de la conculcación de la intimidad de las personas en general, la de la soberanía de los Estados en particular, y, sobre todo, de los inconvenientes de los conflictos de jurisdicción que se suelen crear a la hora de instruir, investigar y sustanciar el conocimiento penal de tal clase de delitos internacionales, sobre todo cuando el origen de su actividad, pesquisas, piezas de convicción y pruebas se encuentran en Estados fallidos donde se hace más difícil la empresa de recabarlas.

de cooperación interestatal en la lucha antiterrorista, obligación que relativiza el concepto de “soberanía nacional”.

RONZITTI no considera hoy una norma del Derecho Internacional General la justificación del rescate de nacionales en el extranjero. Sí afirma que lo pueda ser en un futuro, pero en todo caso es aquella última obligación referida la que, si se incumple, a nuestro juicio, sí posibilita que precisa y excepcionalmente un Estado pueda detener en el territorio de otro para la persecución de extremistas y el rescate, en su caso, de sus rehenes. Para ello se tendrá en cuenta por un lado que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se prohíbe en todo caso la tortura y los tratos humanos y degradantes, de modo que cuando se ponga en libertad a un detenido con evidencia de malos tratos el estado aprehensor incurrirá en responsabilidad por conculcación del **art.3** de la Convención europea sobre tales derechos si no explica las causas reales e investigadas de las heridas; y, por otro lado, que el rescate de un nacional en el extranjero mediante el uso de la fuerza no está prohibido por el **art.2.4** de la Carta de Naciones Unidas por no estar dirigida esa operación contra la integridad territorial ni la independencia política del Estado territorial afectado, sino a garantizar la protección de los derechos humanos básicos (del rehén) y en perfecta sintonía con una responsabilidad de proteger, hasta el punto de que incluso cierta doctrina internacionalista española, el caso de **ROMUALDO BERMEJO**, llega a excusar tal clase de operaciones en virtud de la legítima defensa del **art.51** de la Carta de San Francisco, posición que al menos para el caso de rescate de rehenes compartimos¹²⁵¹.

En cuanto al quién debe de realizar tal clase de operaciones, si los cuerpos policiales o las Fuerzas Armadas, es una vieja cuestión que respecto a operaciones internas y no de fuera de área, como las que aquí tratamos, puede servirnos de solución al problema la ya resuelta en la doctrina anglosajona a raíz

¹²⁵¹ Por dos razones: Primera, por cuanto que con tal acto terrorista el ataque al valor superior ante cualquier otro, cual es el de la libertad de las personas (en función de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el **art.10.2** de nuestra Constitución, puesto en relación con el **art.9.2** del CEDH y **18.3** del PIDCP), no solo está amenazado sino ya consumado.

En segundo lugar, porque si bien hay otro sector doctrinal, caso de la internacionalista **ABAD CASTELOS**, que prima ante cualquier otro valor el de la inviolabilidad territorial (y que dice que se ataca con tales operaciones), lo hace bajo una interpretación sincrónica y no diacrónica del Derecho Internacional Público. Pero **esta posición no la encontramos del todo ya ajustada a los tiempos actuales, es decir, a raíz de los acontecimientos terroristas más peligrosos (del 11-S,11-M,7-J, el de Charlie Hebdo,13-N 2015 en París, etc.) y que poco a poco están forzando a concienciar a la Comunidad Internacional en general el hecho no solo de que hay ciertamente emprendida “una guerra contra el terrorismo” sino de que –como dijo Tony Blair en cuanto a que “las reglas están cambiando”- el recurso a la legítima defensa está mutando su concepción tradicional en el sentido de que debiera de ser también invocable respecto de las acciones de un grupo o entidad no estatal independientemente de que (a diferencia de Estados, Organizaciones y personas) por sí mismo sea o no un sujeto de Derecho como tal –caso de ISIS-**

del juicio a un soldado británico por haber disparado en *Irlanda del Norte* contra una persona que huía causándole la muerte. Si un ciudadano tiene la clara obligación imperfecta de tomar todas las medidas razonables a su alcance para impedir la comisión del delito sin serle exigible que haga nada que le pueda suponer un riesgo personal, por el contrario, al igual que un policía, pese a no ser ése el contexto de su verdadero trabajo, *el soldado sí puede verse obligado por leyes antiterroristas a buscar delincuentes si se lo ordena su superior y de arriesgar su vida si fuera preciso*. Por tanto, en favor de la profesionalidad de su acción, todo soldado deberá de estar provisto de los mismos poderes del policía al menos si colabora con éste, toda vez que es una situación a la que puede tener más o menos propensión según las mayores o menores magnitudes del espacio y lugar donde tal clase de operaciones tienen lugar: *gráficamente no es lo mismo rescatar rehenes en una sucursal bancaria que llevar a cabo un asalto a un avión en un aeropuerto o en la mar*.

Es importante, como hace la normativa española actual, que a estos efectos los citados soldados tengan **la condición de “agentes de la autoridad”**¹²⁵² porque, entre otras razones como las ya explicadas, y en perfecta sintonía con la exigencia ínsista a la lucha antiterrorista, esto ayudará al cumplimiento de su deber mutuo de comunicarse las armas encontradas por el medio más rápido u otra cualquier circunstancia de interés de la que tuvieren conocimiento (así su relación con el tráfico o empleo ilícito, pérdida o sustracción de armas o documentaciones, decomisos, enajenaciones o cualesquiera otras que afecten a su tenencia y uso, siempre que fuere necesario a efectos del descubrimiento y persecución de actos delictivos o infracciones).

Por último, ya en el ámbito espacial **aéreo**, en cuanto al tercer supuesto referido de los drones como aeronave militar, es sabido que en materia aeronáutica todo jurista parte de la base del reconocimiento de la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo supra yacente a su territorio, de forma que si hay un *régimen común* de su autorización (incluso del paso rápido e ininterrumpido por ese espacio de cualquier vuelo regular de aeronave estatal) también lo hay uno *especial* según el cual, en caso de una operación de lucha antiterrorista de rescate, entendemos particularmente que tal exigencia de autorización puede ser en su caso ya dispensable por razones lógicas de eficacia e imperativo militar que conllevan su secretismo, y no tanto porque tal clase de operaciones tengan su fundamento en la llamada “guerra contra el terrorismo”.

¹²⁵² Este es el presupuesto a partir del cual se darán **los requisitos** para que puedan actuar. Habrá de mediar una orden clara e identificada en ejecución de decisiones tomadas por la autoridad con competencia para ello. Deberán tener la formación y preparación adecuadas con el fin de que conozcan sus obligaciones y derechos, y llevar una identificación fácilmente visible sobre el uniforme que les acredite como agentes de la autoridad.

Esta suposición planteada está relacionada con otro motivo de previsión que - sin perjuicio de las medidas globales aeroportuarias (“*el porno-escáner*”) de seguridad establecidas- haya hecho que sea objeto de debate parlamentario español (a efectos de dirimir la consiguiente responsabilidad estatal) quién es en términos de Defensa Nacional la autoridad competente para ordenar el derribo de aeronave si se diera un caso como el del 11-S o incluso el establecimiento de zonas prohibidas de navegación aérea como a veces también sucede en la guerra.

No obstante, el caso de los drones sí conlleva problemas legales adicionales que no cabe ignorar. Inquietan a las organizaciones de derechos civiles, el caso de *Amnistía Internacional*, en cuanto que, por un lado, han sido ya utilizados especialmente sólo para realizar bombardeos y ataques en *Pakistán* o *Yemen* y el secretismo que rodea su programa al efecto otorgaría a los EE.UU una “licencia para matar” que está fuera del alcance de los tribunales o de los principios básicos de la legislación internacional, debiendo llegar la hora en que los EE.UU tengan responsabilidad por tales violaciones. Téngase en cuenta que al ser prácticamente indetectables estos aparatos son, en realidad, “un rifle volante controlado por un francotirador a miles de kilómetros de distancia” y cuyo uso se legitima en los EE.UU por la misma ley por la que fue creada la cárcel de Guantánamo. Por ello hasta la propia ONU ha dictaminado que su uso aquí explicado viola soberanías y provoca frecuentes víctimas civiles que no se justifican por el simple argumento oficial de los EE.UU en el sentido de que “*es una arma nueva que minimiza vidas, sobre todo de tropas propias, y cuyo coste político es mínimo*”¹²⁵³.

OCTAVA: La lucha antiterrorista internacional puede afectar al alcance temporal (principio y fin) de una institución bélica tan característica como la de la ocupación y, por ende, también al régimen normativo (para nosotros equiparable) de las misiones “de paz” y de las “operaciones fuera de área”.

Las críticas a las operaciones fuera de área que hemos tratado pueden estar equivocadas, en su caso, por su confusión con los actos constitutivos de crimen de “agresión”.

En primer lugar, junto con el *genocidio*, los *crímenes de lesa humanidad* y los *crímenes de guerra*, es uno de los crímenes más importantes dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional previsto en su art.5 y desarrollado por

¹²⁵³ Asimismo, dejando a un lado que por su pequeño tamaño también pueden ser un peligro (para la navegación aérea ordinaria en general) si se hallan fuera de control, **respecto a su posible función de espionaje y de violación del derecho de la intimidad de las personas en su caso**, debieran de tener una zona de actuación previamente delimitada para poder regularse como prueba lícita, así el caso de las fotografías que sobre delincuentes puedan recoger mediante cámaras donde consten las exactas coordenadas geográficas en que la toma haya tenido lugar.

la Conferencia de *Kampala* para que, a partir del 1 de Enero de 2017, la citada Corte pueda ya conocer de él *si el uso de las fuerzas armadas por parte de un Estado contra otro no tiene justificación de defensa propia o por falta de autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*.

En segundo lugar, con la figura bélica de *la ocupación*, cuya fijación de su finalización en el tiempo no implica que, en la práctica, las potencias ocupantes no se puedan reservar el derecho a realizar “*Operaciones antiterroristas*”. Lo ha hecho en varias ocasiones *Israel en Gaza*, asimismo justificativas de cometer actos que, por ello, no son crimen de agresión.

Respecto al supuesto de la ocupación, y en concreto de la posibilidad reservada de llevar a cabo una operación antiterrorista en la que se incluya el caso del rescate de rehenes o la curación de enfermos, hemos interpretado que dicha operación puede ser a veces determinante de la finalización de la ocupación. Además, la presunción temporal de las legislaciones estatales por la que a los rehenes deba de dárseles como desaparecidos, en su caso, puede limitar tal clase de reservas y apremiar semejantes operaciones en el tiempo. Del mismo modo, si los rehenes son de tal número que revele la pérdida de control del territorio por las fuerzas ocupantes, la ocupación deberá entenderse finalizada y la operación de rescate encontrar su justificación en una operación más bien bélica (que será más acorde al imperativo militar de la nueva situación creada que a una operación antiterrorista autónomamente considerada como tal). No obstante, la casuística nos revela que, aprovechando la realización de una de ellas con la intención de salvamento, pueda ser también ampliada con la intención de ocupar, con lo cual la espiral de violencia y sus diferentes calificaciones puede conllevar la consecuencia de *que el conflicto siempre esté latente*, que es lo que suele ocurrir en Oriente Medio, *con atentados terroristas incluidos, entre los que últimamente ha estado de moda la “intifada de los cuchillos”*.

Por otro lado, planteada la posibilidad de que en una ocupación un **bando militar** pueda contemplar los movimientos sublevados y antiterroristas, respecto a **su valor como norma jurídica**, en el Derecho español se entiende que se trata de una delegación legislativa prevista en el **art.34 de la Ley Orgánica 4/1981 sobre estados de alarma, excepción y sitio** que sí puede afectar a derechos fundamentales y libertades públicas de la población *mediante la creación de nuevos delitos*. *Nuevos delitos* cuyo conocimiento¹²⁵⁴ en estos casos corresponderá necesariamente a la jurisdicción militar.

¹²⁵⁴ Lo será con la limitación propia del instituto de la ocupación en el sentido de que la pena de muerte no está prevista para personas protegidas *salvo que sean culpables de espionaje, de actos de sabotaje graves contra las instalaciones militares de la Potencia ocupante o de infracciones internacionales que causen la muerte de una o de varias personas y siempre que la legislación*

Las reglas operativas de enfrentamiento, en tales contextos, también pueden permitir hacer interrogatorios a personas cuya “*retención*” por motivos de lucha antiterrorista no tiene por qué suponer una “detención ilegal” siempre que, una vez ya producida en su caso la detención, se cumplan con todas las garantías procesales legalmente previstas sobre la audiencia, el derecho de defensa y de recurrir, debiéndose significar que el problema de la concurrencia de jurisdicciones (y no sólo en la ocupación militar, también para el caso del ciberespionaje) es más frecuente en la realidad por culpa de la delincuencia transnacional, es decir, aquella que dificulta entender dónde se considera consumado un delito si sus diferentes acciones han tenido lugar dentro de distintas fronteras.

Sin embargo, dado que muchos delitos terroristas tienen lugar a través de aeronaves en vuelo, y ante la discusión de si el tribunal competente para juzgarlo es el del país de la matriculación de la aeronave o el del aterrizaje, dado que este último podría ser un Estado fallido con todas las dificultades que ello conlleva, *entendemos que es mejor el primer criterio proponiendo para ello como medidas propias de la lucha antiterrorista la novación automática de la aeronave –de privada a estatal- o incluso la militarización del piloto*¹²⁵⁵.

En cuanto a las situaciones de terrorismo en casos de Operaciones de Paz, aunque no sea pacífico en la doctrina que haya un régimen jurídico entrelazado de la ocupación con el de las Operaciones de Paz (atendiendo a la dificultad de sus diversos tipos), y teniendo en cuenta que la existencia de algunas de ellas son precisamente la respuesta a un acto de agresión, *creemos que por seguridad jurídica y operativa hay una necesidad práctica de cubrir con ese régimen de la ocupación cualquier vacío legal de las Operaciones de Paz provocado por su distinta tipología*, así el caso protagonizado también en ellas del terrorismo internacional y que no es manifestación de ningún acto de resistencia militar. Esta fue, de hecho, la solución que bajo aquel pretexto político se aplicó en el primer desplazamiento del contingente armado español a *Umm Qsar* en *Iraq* en el año 2003, mediante el buque “*Galicia*”, con motivo de la II guerra del Golfo¹²⁵⁶.

anterior a la ocupación esté prevista para tales casos, aunque en el caso de menores nunca debe haber la sentencia con pena de muerte.

¹²⁵⁵ Es decir, como **nexos de atribución de la jurisdicción que no dejan de tener una inspiración bélica**. Del mismo modo la apreciamos en dos casos más: 1) Cuando en tiempo de paz existe la costumbre de que el capitán de un barco sea el último que lo abandone. El Derecho Penal se lo está requiriendo a ese Capitán igual que el Derecho de los conflictos armados lo hace para el caso de un combate a todo combatiente que está defendiendo esa clase de puesto. Y 2) Porque también existe la presunción consuetudinaria de la guerra aérea según la cual las aeronaves que vuelan el territorio de un Estado beligerante, *sin previo aviso*, presentan un indudable carácter militar y, por tanto, en ese contexto pueden ser atacadas o, a nuestro juicio, al menos jurisdiccional y no solo aeronáuticamente interceptadas.

¹²⁵⁶ **Es decir, aquella donde desde el punto de vista del Derecho de los conflictos armados la calificación de la intervención española en *Iraq* en los primeros momentos del conflicto podía ser distinta en la opinión pública según quién fuera la que lo hiciera.** Mientras que para

NOVENA: Las garantías humanitarias mínimas estipuladas en favor de cualquier persona –incluido el terrorista- no tienen excepción en ningún conflicto armado, tampoco el de la guerra contra el terrorismo, no sólo porque exista la famosa *cláusula Maertens* en los Tratados ginebrinos del Derecho Internacional Humanitario sino por seguridad jurídica, esto es, porque también **se ajusta como un guante al principio general *nulla poena sine lege***.

Se trata de un principio que, por seguridad jurídica, tampoco convierte nunca en retroactivo al Derecho Internacional General. La noción de los delitos que castiga, entre ellos el de terrorismo, con sus diversas modalidades, es necesariamente variable y evoluciona históricamente de acuerdo con el principio de legalidad propio del Derecho Penal Internacional, esto es, aquel que exige un Texto sólo *para la norma de comportamiento* como prueba de la existencia de una costumbre internacional ya cristalizada, pero no la de su castigo o represión, que tendrá que estar necesariamente previsto en el momento de su comisión.

La legislación internacional antiterrorista posterior al 11-S, la que es propia de “*la guerra contra el terrorismo*”, tiene como novedad que implementa el control del crimen internacional organizado y también el Derecho penal militar en tiempo de guerra. Una de las máximas expresiones del nuevo Derecho penal *del enemigo* consiste precisamente en que este último es el terrorista aunque no se esté “en guerra”, pero este proceso no es de ahora. Sin necesidad de que se declarase ninguna guerra, recuerda al que en tiempo de paz ya tuvo lugar en los años setenta del siglo XX en diversos países que sufrieron el azote terrorista a nivel nacional, así en *Gran Bretaña* con la cuestión de *Irlanda del Norte* (el IRA), *Alemania* con la Fracción del Ejército Rojo (RAF), *Italia* con las Brigadas Rojas y *España* con ETA.

Una vez repasada esa legislación de época se pone de manifiesto *su carácter de legislación especial y de emergencia*. Por tanto, la guerra contra el terrorismo no tiene nada de original. Ya antes hubo “*guerras contra el crimen*” (como el narcotráfico) y además tampoco vence la tendencia de convertir en esta materia antiterrorista leyes especiales casi obsoletas en leyes permanentes. Creemos que

cierto sector era una posición beligerante de guerra, y así pudo ser visto *en un principio* por cualquier iraquí, para otro sector, en el que nos alineamos, se trataba no tanto de una posición de beligerancia sino de otra posición estatutariamente legítima, la neutral *activa* y de no beligerancia que se manifestó en el principal tipo de ayuda que, *ya una vez allí*, España emprendió con sus Fuerzas Armadas en la lucha contra el terrorismo internacional supuestamente originado por el sátrapa *Sadam Hussein*: la de pretender curar presos iraquíes heridos (sin necesidad de tener su custodia como tales prisioneros, es decir, sin necesidad de que el soldado español encargado de la vigilancia de tal misión tuviera que disparar al preso-paciente en caso de fuga del Campamento de prisioneros de guerra de *Camp Bucca*, *responsabilidad que por las correspondientes reglas de enfrentamiento en todo caso correspondería a una parte que sí fuese realmente beligerante (léase EEUU o Inglaterra) en ese conflicto*).

este paralelismo de adoptar las mismas clases de medidas a lo largo de los tiempos tiene las siguientes causas que lo explican: (1) así como en tiempo de guerra existe la dificultad de separar los combatientes de los no combatientes en los tiempos de paz existe -en primer lugar- la dificultad paralela de separar al sospechoso de terrorismo del que no lo es; (2) por la dificultad de distinguir una violencia indiscriminada que, sólo por un prejuicio liberal o burgués (propio de acomodamiento del Estado de bienestar), no puede ser equiparada a la de la guerra tradicional, y (3) por la dificultad de no poder legislar el fenómeno con una sola ley sin interferir en la sociedad civil, o sea, en sus garantías de derechos y bienestar.

Por tanto, en todo momento la sensibilización de la sociedad para la colaboración en la lucha antiterrorista (crucial para su éxito) y la necesaria protección de las víctimas (como nuevos principios de Derecho de Gentes advertidos) ayudarán, no obstante, a la deseable convergencia¹²⁵⁷ legislativa de una lucha antiterrorista común entre las naciones y sus distintas jurisdicciones, entre ellas también la militar en su caso.

DÉCIMA: La superación de las deficiencias del Tribunal Penal Internacional en torno a su pretendida universalidad del conocimiento de los crímenes que persigue, exige de una mínima colaboración que también puede ser prestada por los Estados no sólo a nivel jurisdiccional sino a través de la institución militar en general y de todos sus miembros.

Siguiendo a **ESCOBAR HERNÁNDEZ**, la competencia automática¹²⁵⁸, subsidiaria¹²⁵⁹ y complementaria del TPI que justifica su creación viene determinada por la gravedad de los más execrables crímenes cuya comisión repugna a la conciencia de la humanidad. Ese reduccionismo competencial se traduce, *materialmente*, en sólo cuatro categorías: “*genocidio*”, “*crímenes contra la humanidad*”, “*crímenes contra la guerra*” y “*agresión*”. El terrorismo, por su parte, no lo contempla aún, *pero no se descarta que pudiera haber cabido dentro de*

¹²⁵⁷ **En la normativa europea común, por ejemplo, ya hay nuevos principios procesales de lucha antiterrorista.** Son el de disponibilidad en el intercambio de información por las autoridades, el de su acceso directo en línea para averiguar las pruebas de la autoría de un delito (ADN, cuentas bancarias, identificación dactiloscópica, etc.) o el de recurrir a las nuevas tecnologías, es decir, **aquellos que también en su caso deben de ser considerados por la jurisdicción militar en cualquier tiempo y lugar.**

¹²⁵⁸ Es “automática” en el sentido de que deriva solo del simple hecho de *la ratificación* del Tratado por el que se aprobó el Estatuto de Roma de 1998.

¹²⁵⁹ Es subsidiaria porque solo conoce en defecto de que estatalmente no se esté jurisdiccionalmente investigando una determinada situación, de forma que complementa así la Justicia Nacional porque mientras que un asunto ya juzgado por el TPI no podrá ser sometido en un futuro a ninguna otra jurisdicción nacional, *a la inversa sí puede suceder*, en particular por no haberse tratado de un juicio sino de una pantomima fraudulenta.

los crímenes “de lesa humanidad”¹²⁶⁰, es decir, cuando el propio terrorismo fuera cometido a gran escala y con carácter sistemático¹²⁶¹. *En suma*: si se dieran las condiciones estatutarias para ello el TPI actualmente pudiera conocer respecto al terrorismo *impropiamente*, es decir, en función de tal clase de crímenes y sólo a través de ellos, pero no como un crimen propio¹²⁶².

Su *competencia jurisdiccional* también es “automática” en el sentido de que tiene una vocación de universalidad que está sólo limitada por el nexo de jurisdicción (“*condiciones previas para el ejercicio de la competencia*”) de las personas a enjuiciar: que el hecho ocurra en territorio de un Estado Parte o alternativamente (“o”, no “y”) el Estado de la nacionalidad del acusado, *es decir, no el de la víctima ni el del Estado de captura o detención*. Por ello, el propio Estatuto contempla sin necesidad de ningún nexo dos fórmulas complementarias de atribución de su competencia que pueden potenciar su eficacia para suplir ese déficit de jurisdicción: que por Acuerdo con un Estado no Parte conozca de un asunto concreto o, como una manifestación del poder general que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ya ha ejercido en los casos de la *ExYugoslavia* y *Ruanda*, es decir, cuando dicho órgano político le remita una situación en el marco del Capítulo VII de la Carta.

Otra crítica de la justicia universal que con este Tribunal se pretende se encuentra en la legitimación procesal. *El perjudicado*, donde entendemos que lo puede ser un Estado, tiene sólo la vía indirecta de remitir la situación al Fiscal de la Corte y una capacidad de obrar procesal que se reduce a un mero “*litisconsorcio activo adhesivo simple*”. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en otros Tribunales *Ad Hoc* (el de *la Ex yugoslavia* y el de *Ruanda*) no existe la figura de “la acusación particular”. Por ello, una vez vista su estructura institucional también nos hemos propuesto como principal pretensión indagar, a través de un método de epiquerema virtual o simulador, qué tipo de colaboración con la Justicia Internacional Penal podría jugar cualquier militar en misiones, sobre todo el perteneciente al Cuerpo Jurídico, teniendo en cuenta que el monopolio de la acción penal en el TPI en todo caso la tiene el Fiscal.

¹²⁶⁰ Por su parte, el terrorismo “en la guerra” también se encuentra ya castigado como tal crimen “de guerra”, junto con algunas de sus modalidades, en la normativa internacional sobre la guerra.

¹²⁶¹ Caso del 11-S o del 11-M, por ejemplo, si de ellos no hubieran conocido otra jurisdicción estatal.

¹²⁶² No obstante, ese enfoque restrictivo del número de crímenes a conocer por el TPI se compensa sustantivamente por la amplitud de la forma en que las categorías son definidas. Así se manifiesta en el caso de los crímenes “de lesa humanidad” al poderse cometer sin que exista un conflicto armado, y en los crímenes “de guerra” al poderse predicar tanto de Conflictos Internacionales como Internos, así como la novedosa tipificación de hechos como “*el embarazamiento forzoso*” o “*el ataque al personal en misión de paz*”, no sin embargo hasta el punto de hacer lo propio con “*el uso*” del arma atómica.

A través de situaciones típicamente experimentadas¹²⁶³ en misiones se han extraído como enseñanzas prácticas de esa posible colaboración las siguientes:

En primer lugar, que los motines, rebeliones o disturbios interiores, actos esporádicos y aislados de violencia no constituyen uno de los crímenes por ahora tipificados. *En un futuro, no obstante, tales supuestos sí podrían tener previsto su castigo como terrorismo propiamente dicho.*

En segundo lugar, que no hay en el Estatuto un *numerus clausus* de eximentes, pero en el supuesto donde una orden de disparo es “*contraria a las leyes y usos de la guerra o constituye delito*” no cabe como eximente la obediencia debida por tratarse de una orden manifiestamente ilegítima¹²⁶⁴.

Llevado este silogismo a **la responsabilidad de los Estados** en su caso, dada la importancia de portar un arma por su cuenta, conlleva que su atribución penal por violarse las leyes y usos de la guerra pueda ser de toda la cadena de mando (hasta llegar a su cúspide) no sólo por vía de comisión directa sino por omisión (*comisión por omisión*). Se hace así penalmente responsable a toda persona que, teniendo conocimiento y poder para intervenir (*posición de garante*), se hubiera abstenido de abortar la acción o de poner fin y de reprimir aquella violación. Respecto a ésta debe tenerse también en cuenta que un tipo penal en blanco, así el de cometer “*un acto inhumano*”, es determinable por la vía de los estándares contenidos en los Tratados de Derechos Humanos, aquellos cuya infracción puede llevar a la comisión de un crimen de lesa humanidad, *entre ellos el terrorismo*. No obstante, existe el problema de que si el requisito para ello es que el hecho se enmarque “*dentro de un Plan o política*”, como es el caso del terrorismo como crimen de lesa humanidad, la cuestión finalmente pudiera derivar en una posible impunidad por incurrirse en la dificultad que supone la “*prueba diabólica*”, que es

¹²⁶³ El caso de los desórdenes públicos -tipo huelga- y el abandono de un bebé, el caso de un civil iraquí apuñalado y el de un prisionero de guerra tiroteado, los problemas de camuflaje y el atentado a personal y bienes de Misiones de Paz.

¹²⁶⁴ A quien da esa clase de orden se le considera partícipe del hecho equiparando su pena a la del autor directo que la ejecuta porque en realidad es su autor mediato. En el caso, sin embargo, de que sea *dudosamente* ilegítima puede caber un error de prohibición por quien la ejecuta y, según sea vencible o no, de acuerdo con la doctrina española puede tratarse de una eximente completa o incompleta respectivamente. En este punto hemos considerado, *bajo la óptica de un letrado defensor*, que **la condición profesional o no de un soldado en esos casos** podría tener consecuencias persuasivas ante el TPI para eximir o atenuar la pena, pero al final hemos concluido que hoy no tendría tal defensa garantías de éxito porque ya desde los **casos Celebici y Aleksovski** en el TPIY *el concepto formal de “orden” en el Derecho Penal Internacional abarca los mandatos de estructuras informales de mando donde no existe un deber normativo de obediencia* (no hay orden en sentido formal), *pero hay fuerzas armadas jerárquicamente organizadas*, es decir, independientemente de que éstas sean de recluta conscripta o voluntaria, incluso en el caso futuro del castigo del terrorismo con las famosas “células durmientes” o de “lobos solitarios” (con plena autonomía para elegir el momento de su ejecución).

lo que a veces puede ocurrir con actos realmente terroristas cuyo plan o política son por naturaleza *clandestinos* más que públicos¹²⁶⁵.

En tercer lugar, en el caso de que sea necesario *en la mar* detener provisionalmente a alguien en travesía por un país neutral, según la práctica estatal en un conflicto – junto con la postura del juez *Rölling* y del manual de Campo del Ejército norteamericano- un Estado “neutral” no tiene la obligación de perseguir y penalizar un crimen “de guerra” de quien ha caído bajo su control. Esta postura, pues, otorga más posibilidades de conocer del TPI que la postura contraria -defendida por *Oppenheim*, *Lauterpacht* y el Manual británico de la ley militar-, que apoyamos, y según la cual *esa neutralidad no impide la obligación de buscar la persona responsable ante sus propios tribunales o enviarla a juicio a una parte beligerante, posición esta última que, a nuestro juicio, no sólo es mejor para el éxito de la colaboración de la lucha antiterrorista por parte de todos los Estados, incluso neutrales, sino hasta su último fundamento*: la universalidad de la jurisdicción que en todo caso se pretende, para evitar la impunidad, vendría aquí no tanto por la vía de la Corte Penal Internacional sino por el principio de jurisdicción universal del art.4 de la I Convención de Ginebra. También para los Estados neutrales se prevé la *obligación* de establecer tal clase de jurisdicción no sólo para crímenes de lesa humanidad sino de guerra¹²⁶⁶. De aquí se obtiene la importante conclusión del papel adicional de todo militar de un país neutral en una zona de conflicto. *Gracias a él se puede hacer justicia a través no sólo de su país, en su caso, sino del TPI*. Para evitar cualquier impunidad pueden verse en la tesitura de tener que diligenciar mínimamente hechos ocurridos para que, al menos, haya una base probatoria “fidedigna” de esclarecimiento del suceso como “noticia criminal” de la que -por el debido conducto reglamentario militar- se haga eco el Fiscal del TPI y ante la incapacidad procesal de obrar por sí solos a la hora de denunciar¹²⁶⁷, extremo que se corrobora para el caso de España con el sistema

¹²⁶⁵ Esta falta de prueba también puede derivar en la aplicación del simple Derecho Penal de autor al ser posible, paradójicamente, que por esa dificultad procesal de prueba el TPI termine en la práctica solo dirigiéndose contra Jefes de Estado o grupos no virtuosos (sátrapas, dictadores, etc.) que sean famosos, pero no el resto, incluidos los terroristas no conocidos.

¹²⁶⁶ Más si cabe si se tiene por una falacia la afirmación de que, para evitar un posible peregrinaje de jurisdicciones (problema del “*fórum shopping*”), por aplicación del **art.12 del Estatuto de Roma** el TPI tenga prerrogativas para ejercer esa jurisdicción universal *de forma absoluta*. No es así: del mismo modo que para que un Estado distinto al del lugar de autos pueda establecer su jurisdicción penal se requiere por **art.10 de la Convención de 9 de noviembre de 1994 sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado** notificarlo al Secretario General de Naciones Unidas, *ora que el delito se cometiese en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado, ora que el presunto culpable sea nacional de ese Estado*, el propio precepto del Estatuto estipula para ello las condiciones objetivas de procedibilidad consistentes en que “*el Estado del territorio o de la nacionalidad debe haber ratificado el estatuto o haber aceptado la competencia de la Corte*”, lo cual no siempre ocurre, tal como se demostró en el último conflicto de Iraq: ni este país ni los EE.UU tenían ratificado el Estatuto de Roma.

¹²⁶⁷ Incapacidad que le puede venir dada porque -so pena de incurrir en sanción disciplinaria (por deslealtad)- hay razones de seguridad que obligan a que ningún militar pueda por sí mismo

de denuncias previsto en la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de Diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

Por tanto, no habría nada de extraño que, en su virtud, el TPI pueda notificar a las Fuerzas armadas españolas de una “orden de detención provisional” que, en perfecta sintonía con lo dispuesto en el art.520 ter *in fine*¹²⁶⁸ de la LECRIM para el caso de buque o aeronave, pueda hasta superar las setenta y dos horas (sólo nacionalmente requeridas) y que esté decretada por el Fiscal contra una persona identificada (lo fue en su día *Radovan Karadzic*) o de tener que realizar “pruebas de oportunidad única” (cautelares) habiéndose dejado previamente constancia de forma leal, sobre todo, del lugar exacto donde hubieran ocurrido los hechos, que es el factor decisivo no sólo de la atribución jurisdiccional, en su caso, sino del exacto lugar donde, a través de su colaboración solicitada, se pueden reunir las pruebas para juzgar con un mínimo acierto; más si cabe si en ese lugar está ausente la víctima y/o el reo, o porque el juez también sea extranjero, el Estado sea fallido y, por lo general, tampoco haya un Colegio de abogados que evite un juicio injusto mediante la confirmación de cargos con un acusado ausente y sin asistencia letrada¹²⁶⁹.

Por su parte, en cuanto a las críticas que hemos realizado al estatuto de las víctimas del TPI, se parte de la base de que ante el TPI las víctimas no tienen por sí solas capacidad procesal de obrar si no es a través del Fiscal y después de que éste haya concluido que existe fundamento para abrir una investigación, por lo que su situación procesal no es la más ventajosa¹²⁷⁰.

dirigirse directamente a un medio de comunicación (un periódico, una radio, o una TV) a denunciar en esa condición oficial.

¹²⁶⁸ (...) “La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, *cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo*”.

¹²⁶⁹ Máxime si se es consciente de que la Sala de Cuestiones Preliminares puede “*dictar providencias respecto a la revelación de la información a los efectos de la audiencia*”, o el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas suspender, con prórroga anual, la jurisdicción del TPI y en alarde de un posible “doble rasero” que es muy propio del que por ejemplo se manifiesta cuando el propio Estatuto de Roma califica y tipifica como crimen de guerra el uso de las armas de destrucción masiva de los pobres (bacteriológicas y químicas), no así las nucleares de los países ricos.

¹²⁷⁰ Las víctimas tendrán confiada su seguridad, bienestar e intimidad al Fiscal. **Sí podrán presentar observaciones ante la Sala de Cuestiones preliminares o tener derecho en el interrogatorio a la confidencialidad de su información así como de estar potestativamente acompañadas de letrado y de la Dependencia de víctimas y testigos con meras funciones auxiliares de asistencia.** La crítica principal es que no podrán recusar a magistrados si no es sugiriéndolo al Fiscal, al que tampoco pueden recusar, *posición que por no tener capacidad de obrar a nuestro juicio deja a la víctima un tanto indefensa y discriminada con respecto al acusado*, quien sí tiene capacidad de obrar y, por tanto, de recusar. Inversamente, ya en la fase de investigación y enjuiciamiento tiene la víctima frente al Fiscal un derecho mediatizado a que le informe para que pueda ser oída solo por él y con permiso de la Sala de Cuestiones Preliminares, pero sin que el acusado tenga las garantías de contradicción y de igualdad de armas con esa prueba hasta el punto de que por ello pudiera asimismo alegar también su indefensión. Por tanto,

Finalmente, como corolario de esta Tesis, *nos hemos propuesto delimitar los regímenes jurídicos internacionales que se disciernen en torno a la fuerza. Se ha hecho esa delimitación siendo conscientes de que en la Comunidad Internacional no hay un concepto universal de terrorismo y sabiendo que la fuerza ilícita puede tener lugar con motivo y/u ocasión de un simple altercado, de un atentado terrorista o, finalmente, de un conflicto armado donde las Fuerzas Armadas de cualquier Estado se puedan ver en mayor o menor medida involucradas.*

A priori el cauce legal para combatir el terrorismo puede ser distinto según se dé en la paz o en un conflicto armado. Sin embargo - tal como se puso de manifiesto con la existencia de dos sistemas principales vistos en el mundo, el norteamericano y el europeo, en relación sobre todo con un conflicto como el de Iraq-, el problema surge cuando por los distintos sujetos de la Comunidad Internacional no se está de acuerdo sobre cuál es la verdadera situación. Las desavenencias adquieren relevancia jurídica concreta a efectos no sólo de la concesión o no de una extradición, o del estatuto jurídico personal en que alguien se pueda encontrar, sino, lo que es más grave, sobre el correcto uso de la fuerza en general, todo lo cual afecta no sólo a su responsabilidad sino a la seguridad jurídica en general¹²⁷¹.

Aunque la guerra está de por sí prohibida por aplicación del **art.2.4** de la Carta de Naciones Unidas (“*ius contra bellum*”) no deja de ser un hecho regulado por la Comunidad Internacional. El *ius in bello* es la única forma objetiva y universal con la que respecto de dicha situación aquí podemos operar, significando que tanto el **artículo 2.2** común de los Cuatro Convenios de Ginebra sobre el Derecho de la guerra, como el **art.1.1** de la Carta de San Francisco, acogen nuevas amenazas

teniendo en cuenta que la víctima en materia de recursos solo lo tiene en su favor para obtener una justa reparación civil, pero que no puede acusar por la preponderante posición del Fiscal, la conclusión es que, a la vista de sus limitadas facultades procesales, la situación de la víctima con respecto del Fiscal sería una asimilable a la que el derecho ritual español la doctrina procesalista suele describir como “*una legitimación de posible litisconsorcio activo con carácter de coadyuvante adhesivo simple no necesario*”.

¹²⁷¹ Incluso en misiones de paz, pensemos que hay ocasiones donde un contingente de la Alianza –como pueda ser España- se vea en la tesitura de tener que apoyar o recibir un apoyo coyuntural en el propio cumplimiento de su misión. Con motivo de un incidente de combate (“TIC”, tactical incident combat) en rutas de sus patrullas, o por simple precaución, a veces, hay que variarlas adentrándose forzosamente en la zona (por lo general aérea o terrestre) que no es de OTAN sino (por ejemplo) de “Libertad Duradera”, esto es, la de otro país que, sin perjuicio de que pueda ser socio OTAN –EE.UU o Inglaterra-, esté maniobrando simultáneamente allí en el cometido ya propio de una operación que es distinta a la española, cual es la del mismo combate de “Libertad Duradera” –operación no OTAN-. ***El mando de nuestro país no tendrá más remedio que plantearse qué reglas de enfrentamiento comunes deban entonces que aplicarse y cómo.*** La dificultad jurídica para solucionar esa difícil compatibilidad de actuaciones puede provenir no solo de la distinta cultura, idiosincrasia (estratagemas no homogéneas al caso) y mentalidad instruida al soldado de uno y otro país, sino de que puedan tener también una consideración distinta del concepto de “terrorismo” pese a ser sujetos de los mismos ataques y atentados.

para la Paz, no sólo la de la guerra, cual es el caso del terrorismo internacional, es decir, situaciones siempre reguladas por el Derecho de los Derechos Humanos.

En paz el mantenimiento del orden y la salvaguardia de la ley corresponden, por lo general, a la Policía y a las Fuerzas o Cuerpos civiles de la Seguridad, aunque tampoco es una tarea monopolizada por Ellas¹²⁷². Las situaciones mínimas de violencia a considerar, las de **altercados**, muy propias del hábitat policial, son regidas en todo caso por las obligaciones de Derechos Humanos que incumben al Estado y bajo la premisa de que el ejercicio de esos derechos no es ilimitado para poder asegurar el respeto de los derechos de los demás o para proteger la Seguridad Nacional, el Orden Público, la Salud o la Seguridad y Moral Públicas. Se hace de forma proporcional porque, a diferencia del caso del Derecho de los Conflictos Armados, no dejamos aquí de estar ante un Derecho que aún no es excepcional¹²⁷³. Ahora bien, las Fuerzas Armadas propiamente dichas en esta situación también colaboran con las fuerzas del orden en materia de lucha antiterrorista y, en este sentido, hemos hechos dos consideraciones importantes:

Una, que -a diferencia de las Fuerzas del orden- por principio se preparan para enfrentarse al “enemigo”, no con los ciudadanos, por lo que en la Legislación Nacional se han de precisar las circunstancias en las que se puede recurrir a las Fuerzas Armadas para tareas de mantenimiento del orden, y aclarar las relaciones entre las Autoridades Civiles y Militares durante tales operaciones¹²⁷⁴.

¹²⁷² Dentro de los institutos que tienen incluso ya un cariz militar, como es en España la Guardia Civil, también comparten dichas tareas con la Policía en la medida en que, no obstante, aquéllas no siempre son fuerzas militares “de choque”. A nivel Internacional, cuando la intervención sin embargo es solo policial, tienen la referencia de su debida actuación en códigos de reglas orientativos y no vinculantes (*soft law*) sobre el uso de la fuerza.

¹²⁷³ Es decir, aquí pervive el aforismo de que “*lo que no está prohibido está permitido*” y, consecuentemente, los Estados deben aplicar el menor número posible de restricciones para alcanzar sus objetivos.

¹²⁷⁴ En este sentido, incluso en **tensiones o disturbios internos, que no solo en meras manifestaciones o altercados**, los principios esenciales del Derecho de los Derechos Humanos son *el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal; la prohibición de la tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de los arrestos y detenciones arbitrarios; el derecho a un juicio imparcial; el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente; la prohibición de la injerencia ilegal o arbitraria en la intimidad, la familia, el domicilio y la correspondencia de las personas; la libertad de opinión, expresión, reunión pacífica y asociación.*

Cuando la Legislación Nacional permita la adopción de medidas de excepción para proteger la Seguridad Nacional, la Seguridad Pública o el Orden Público, dichas medidas no deberán aplicarse de modo arbitrario o discriminatorio. Hay que tener en cuenta que si bien las formas de acciones lícitas, no arbitrarias y con objetivos precisos, dirigidas a los iniciadores y los autores de las tensiones internas, pueden ayudar a restablecer el control y a normalizar una situación, por el contrario, las acciones esporádicas, así como las medidas ilícitas, arbitrarias y discriminatorias, pueden socavar la confianza en los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, agudizar la amenaza a la Seguridad Pública y ser responsables, al menos en parte, del agravamiento de una situación. Por tanto, **caso de que se declaren estados de excepción** en tiempo de paz hay que tener en cuenta que es aplicable la Legislación Nacional, que incorpora el Derecho de los Derechos

Y segunda, que aunque el uso de la fuerza que hacen en este ámbito, el de la Paz, está justificado por el monopolio del *ius puniendi* estatal, incluso en caso de las llamadas Operaciones de Paz, se ha criticado la utilización de “gases lacrimógenos”, por ejemplo, en manifestaciones: entendemos que si su empleo está prohibido en la guerra (Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 sobre armas químicas y bacteriológicas), con mayor motivo deben estarlo en la paz.

Sin embargo, estando teórica y tradicionalmente claro que ya en el **caso de conflicto armado** el papel protagonista principal de cualquier Estado lo desempeñan sus Fuerzas Armadas por lo general, los nuevos tipos de conflictos no han impedido la privatización del uso de la fuerza de dos maneras opuestas: Una, por la aparición de nuevos agentes no estatales, caso de Movimientos de Liberación Nacional (MLN) y Grupos Insurgentes, entre ellos terroristas¹²⁷⁵. Y otra, para desconcierto de cualquier individuo que no esté en el circuito de ser tratado como “mercenario”, es hoy el propio Estado el que, a veces, (caso de los EE.UU con “*Blackwater*”) ha acudido a contratar compañías privadas de Seguridad para reemplazar los cometidos que son los tradicionales de sus Fuerzas Armadas: custodia y protección de personas o lugares, vigilancia de instalaciones de detención, interrogatorios e incluso la participación en combates¹²⁷⁶.

En suma, el Estado es en cualquier caso responsable de los actos de sus funcionarios o contratados, sea que actúen a título oficial o como agentes “de facto”. Por su parte, los Grupos Insurgentes y los Movimientos de Liberación

Humanos, y de ser necesario, con suspensiones. Sin embargo, los derechos más básicos no pueden ser suspendidos *en circunstancia alguna*.

¹²⁷⁵ En este sentido hay que poner especial cuidado en diferenciar los MLN de las Organizaciones Internacionales y los Estados que los reconocen o no.

¹²⁷⁶ **Los componentes de las citadas compañías de seguridad no encajan en la definición de mercenarios cuando actúan en el uso de la fuerza. Por otro lado, tampoco su situación se ajusta a los requisitos que el Derecho Internacional exige para que se les considere órganos del Estado y sus actividades sean imputables al Estado contratante.** Por estas razones *está extendida la opinión de que algunos Estados contratan estas Compañías militares y de seguridad para evitar una responsabilidad directa por la vía de la externalización de los servicios de todo tipo.* Ahora bien, debe quedar siempre claro que **este vacío jurídico no implica que en su actuación dichas empresas y su personal no deban observar los principios de Derecho Internacional Humanitario y las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos.**

Asimismo, para que un contratista pueda disfrutar de los privilegios e inmunidades similares a los que otorga un Estatuto de la Fuerza (“SOFA”) hay que aclarar en la negociación cuáles son las cuestiones con las que se cuenta con el visto bueno de la ONU, en su caso, y del Estado anfitrión; e incluso, caso por caso, saber si Naciones Unidas puede conferir la condición de “experto en misión” a un contratista privado bajo la lupa de **la Convención de Inmunidades y Privilegios de Naciones Unidas de 1946**, Convención en cuya virtud no podrá ser arrestado, detenido, incautado su equipaje, utilizar códigos clasificados de correspondencia y documentación, beneficios fiscales, e, incluso, en materia de uso de armas, el “experto en misión”, a diferencia del contratista que no lo sea o que solo esté cubierto bajo el “SOFA”, podrá portarlas y, en su caso, usarlas, únicamente para defensa, atendiendo al mandato de cada Operación, y siempre que vaya uniformado y se encuentre realizando una función oficial de la misión.

Nacional reconocidos, que no los terroristas como tal, también tienen obligaciones conforme al Derecho Internacional, en particular en el marco del Derecho de los Conflictos Armados. Incluso en la guerra¹²⁷⁷, el “proceso de humanización” conseguido (de forma pionera a través del Derecho Internacional Humanitario) dota a sus reglas de un carácter incondicional y general (“*erga omnes*”) en la medida en que *su beneficiario no es el Estado, sino el individuo*¹²⁷⁸, lo que justifica que el Derecho Internacional de los conflictos armados se interseccione con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hasta tener en común principios tradicionales a los que, según opinamos, habrá que añadir en un futuro no muy lejano el principio de colaboración en la lucha antiterrorista y, por ende, el de protección de las víctimas del terrorismo.

Caso ya de que el nivel de violencia se elevara a la categoría de un **conflicto armado no internacional**, dentro de un mismo territorio, y donde los terroristas de un grupo insurgente lo llegasen a controlar impunemente (ejemplo: el Estado islámico o ISIS), resulta que, aunque su estatuto como beligerantes no se cambiara, los instrumentos jurídicos a aplicar sí pudieran variar. De esta forma, si su control territorial no fuera el mínimo para ser efectivo se aplicaría el Derecho consuetudinario de los conflictos armados con arreglo a lo dispuesto en el **art.3 común** a los cuatro Convenios de *Ginebra*, mientras que, si fuera ya un control mínimo, mayor con respecto al anterior como para ser efectivo, que es por ejemplo el caso de *una guerra civil*, además del **art.3 común** a los cuatro Convenios de *Ginebra*, resultaría de aplicación complementaria el Protocolo II Adicional de 1977; de forma que *el Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son plenamente aplicables a los conflictos armados no Internacionales*, es decir, con un alcance respectivamente diverso en función del mayor o menor control del territorio por parte de los beligerantes enfrentados, entre los cuales uno de ellos pudieran ser terroristas de origen máxime si, además, es sabido que la consecuencia de la participación *directa*¹²⁷⁹ de personas civiles en las hostilidades

¹²⁷⁷ Entendida no solo como la ausencia de paz sino que ésta es para Naciones Unidas también la erradicación de las causas de aquélla, entre ellas a veces el propio terrorismo.

¹²⁷⁸ Ambos tipos conexos de Derecho, el de los conflictos armados y el de los Derechos Humanos, igualmente abordan la regulación del uso de la fuerza y son *parte del Derecho Internacional consuetudinario, con independencia de la naturaleza del conflicto (internacional o interno), guardan el principio de distinción* (se prohíben los ataques a bienes civiles), *el concepto de objetivo militar, la prohibición de un ataque discriminado, el principio de proporcionalidad y el deber de tomar precauciones antes de atacar, así como el respeto debido a personal y bienes médicos, religiosos, de medio ambiente y culturales. Al respecto ya hemos dicho que somos partidarios de añadir el principio de colaboración en la lucha antiterrorista y, por ende, el de protección de las víctimas del terrorismo.*

¹²⁷⁹ El problema es saber qué se entiende por “*participación directa*”, esto es, cuándo se inician concretamente los preparativos de un ataque y cuándo termina la participación. En este sentido ya en su día la guerrilla y, hoy aún más en la llamada “**guerra contra el terrorismo**”, ilustran la creciente relación de las actividades civiles con las militares, así como un incremento del llamado “*daño colateral*”, todo lo cual dificulta determinar quiénes “*participan directamente en las hostilidades*” y qué medidas se han de adoptar a fin de proteger a las personas que no participan

implica que pierden la inmunidad frente al ataque mientras dure su participación, que pueden ser impunemente abatidas en combate y que, en caso de captura, pueden ser sometidas a juicio penal en el marco de la Legislación Interna del Estado detenedor.

Precisamente en cuanto al Derecho de los Derechos Humanos, a los efectos que a nosotros nos interesa, la lucha contra el terrorismo Internacional, lo importante es que, como la buena medicina, sea más preventiva que represora. Por tanto, se trata de una batalla muy propia de la Seguridad "Integral" y de todo orden, con un carácter de naturaleza esencialmente "transversal" y permanente, es decir, dable tanto en la Guerra como en la Paz, a la que le será aplicable el Derecho interno y, sobre todo, en caso límite, el art.3 común de los cuatro Convenios de Ginebra si el atentado al que, alguien vivo, al que se le acuse de haberlo realizado, lo ha sido, además, en el contexto de un conflicto armado.

directamente. *En definitiva, no puede esperarse que el personal de las Fuerzas Armadas se comporte de dos formas diferentes en los Conflictos Armados No Internacionales e Internacionales, pero es preciso que se les haga conocer las diferencias.*

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES NACIONALES Y EXTRANJEROS EN LIBROS Y REVISTAS

- ABAD CASTELOS, M. (1997) *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el derecho internacional*. Obligaciones estatales previas, coetáneas y posteriores a la comisión del delito, Ministerio del interior, Secretaría General Técnica, D.L. ISBN 84-8150-168-9., Madrid
- _____ (1993) “*La Comunidad Europea: ¿hacia la consagración de un ámbito para la Cooperación en la lucha contra el terrorismo?*”; La Cooperación Internacional. XIV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Vitoria 26-28. IX.199, Bilbao.
- ABI-SAAB, G. (1977). “*Les guerres de liberaton nationale et la Conference diplomatique sur le droit humanitaire*”, *Anales d’Etudes Internationales*, Vol.8.
- ABRAMOVSKY, A (1974) “*Multilateral Conventions for the Supresion of Unlawful Seizure and Interference with Aircraft*”. Part.1: The Hague Convention. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.13, number 3.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. (2000) “*Estructura orgánica y la composición personal de la Corte Penal Internacional*”, en *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Premio Rafael Martínez Emperador 1999. CGPJ. Madrid.
- ACKERMAN, B. (2004). “*The Emergency Constitution*”, en *The Yale Law Journal*, 113, March, 2004, p.1032.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. (2006). “*Respuestas legislativas al 11-S. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista*”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal*. Estudios en Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez (traducido por M^a Isabel Serrano Maíllo). Madrid
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. (2000). *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo*. Ed. Tecnos. Madrid.
- _____ (1989). “*La interacción entre el D.I.H y el D.I de los Derechos Humanos*”, Cuadernos de Derecho (1990), núm.3, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Centro Asociado de Sevilla. Curso de Derecho Internacional Humanitario / coord. por Juan Antonio Carrillo Salcedo, Pablo A. Fernández-Sánchez, pp. 1-46.

- ALCÁZAR SEGURA, A. (2012) “*Pasado, presente y futuro del terrorismo en España*”, en Revista Ejército de Tierra español, Enero/Febrero, Año LXXIII editada por MINISDEF, nº 850.
- ALONSO BAQUER, M (2003) Grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista “Cuadernos de estrategia”, editada por MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124.
- ALPHANDERY, H-G. (1979), *Historia y Generalidades*, 2ª Ed. Edit. Morata, Madrid.
- AMODIA, J. (1977) *Franco's Political Legality*. Penguin Books Ltd. London.
- ARENAL, C. (1895) “*Ensayo sobre Derecho de Gentes*” (Biblioteca virtual Miguel de Cervantes).[www.cervantesvirtual.com]. Publicación de origen.: Madrid, Sucesores de Rivadeneira.
- ARQUILLA, J. & RONFELDT, D (2001): *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy*, Washington: Rand.
- ARQUILLA, A F. (1993). “*The New Army Legal Assistance Regulation*”, ARMY LAW, May, at.4.
- ASTON, C. (1982) - “*The United Nations Convention Against the Taking of Hostages: Realistic or Rhetoric?*” *Terrorism: An International Journal*, Vol.5, 1981-82.
- BARBÉ, E. (1995). *Relaciones Internacionales*, Ed. Tecnos. Madrid,
- BARRADA FERREIROS, A. (2012) “*Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el Caso Alakrana*”, en documento marco 09/12 de 20 de junio de 2012, de la página web del Instituto Español de Estudios Estratégicos [http://www.ieee.es/]
- BARZUN, J. (2003). “*Del amanecer a la decadencia. Quinientos años de vida cultural en Occidente (de 1500 a nuestros días). Una radiografía del alma occidental*”, comentado por José Mª Pardo de Santayana y Gómez de Olea en el grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista “Cuadernos de estrategia”, editada por MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124.
- BASSIOUNI, M.C. (1987) *International Extradition. United States Law and Practice*, 2nd ed.
- BELTRÁN MONTOLIU, A. (2008) *El Derecho de Defensa y la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional*. Universitat Jaume I. Tesis Doctoral (dirigida por el catedrático de Dº Procesal Juan Luis Gómez-Colomer). ISBN: 9788469215562. Valencia.
- BENGOA, J. (2000). *Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX*. Lora Ediciones. Santiago de Chile

- BENEGAS, J. M^a. (2004). *Terrorismo*, Diccionario Espasa Calpe, Madrid. ISBN 84-670-1609-4, registrado en el Centro de Documentación de MINISDEF con el número R-323-BEN.
- BENVENISTI, E. (1993). *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton.
- BERMEJO GARCIA, R. (2004) "Cuestiones en torno al estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo", en *Los retos humanitarios del siglo XXI*, PUV, Tirant lo Blanch, Valencia.
- _____ (1993). *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Universidad de Navarra, Civitas, Madrid.
- BERKOWITZ, L (1969). *The frustration-aggression hypothesis revisited*, in: Berkowitz (ed.), *Roots of aggression*, Atherton Press, New York.
- BOERSNER HERRERA, A M (2009). "La violencia política en la Rusia de Putin. ¿Qué ocurrió con los opositores políticos de Vladimir Putin?", en *Análisis político*. Vol. 22, nº 67. Sept/Diciembre. Bogotá.
- BOLLO AROCENA, M^a D. (2006). "Hamdan vs. Rumsfeld. Comentario a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los EE.UU el 29.06.2006", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI) N° 12*. [www.rrei.org].
- BOTELLO, S. & MOYA Á. (2005). *Reyes latinos*, Editorial: Temas de Hoy. Madrid.
- BOTHE, Michael. (1995). "Peace Keeping" en la obra colectiva sobre *The Charter of the United Nations*, Oxford University Press.
- BOURLOYANNIS-VRAILAS.M.C. (1995). "Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel", *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, Vol.44, Part.3, July. Cambridge University Press.
- BOWET, D. W. (1964). *Fuerzas de N.U. Un estudio legal*, Frederick A. Praeger. London.
- BRIAN J. (1975). *International Terrorism and World Security*. Croom Helm. London.
- BURGOS RÓDENAS.P. (1980), "Análisis jurídico de los sucesos ocurridos en la Embajada de España en Guatemala", *Revista de Estudios Internacionales (REI)*, Vol.7, N° 1. En la actualidad es una revista electrónica.
- BURKE, P. (2000). "A Social History of Knowledge", Cambridge, Polity Press, Blackwell. La edición española: "Historia social del conocimiento: de Gutenberg a Diderot", Paidós. Barcelona, Buenos Aires, México.
- BURT, Jo-Marie, (2013). *Ríos Montt convicted of Genocide and Crimes Against Humanity: The Sentence and its Aftermath*, "The Trial of José Efraín Ríos Montt and José Mauricio Rodríguez Sánchez", 13 de mayo. Recuperado de – [http://www.riosmontt-trial.org/2013/05/rios-montt-convicted-of-genocide-and-crimes-against-humanity-the-sentence-and-its-aftermath/].

- CALDUCH CERVERA, R. (2001). "La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional", *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Vol. LIII, 1 y 2, pp. 173-202.
- CANAU ROMERO, J. (2001). "Estrategias nacionales de ciberseguridad. Ciberterrorismo", en Cuaderno de Estrategia nº 149 ("Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio") del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), MINISDEF, nº 149.
- CANDIL MUÑOZ, A. J. (1996). "¿Tiene la ONU capacidad para dirigir Operaciones de Paz?", en Cuaderno de estrategia nº 82 del CESEDEN, ejemplar dedicado a *Los cascos azules en el conflicto de la ExYugoslavia*, ISSN 1697-6924, pp.39-53.
- CANO PAÑOS, M.Á. (2008). "Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania, análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 10-14 (2008), ISSN 1695-0194; recuperado de [<http://criminet.ugr.es/recpc>], pp.14:1-14:31.
- CASELLI, G. C (2005). "Los instrumentos internacionales en la lucha contra el crimen organizado", en Cámara de Landa, E. y Morabito, S (coord.): *Mafia, Ndrangheta, camorra: en los entresijos del poder paralelo*, Secretariado de publicaciones e Intercambio Editorial. Valladolid.
- CASTELLS, M. (Diciembre de 2003). "La era de la información. Individualismo y comunalismo en el origen de la violencia del siglo XXI", comentario de Enrique M^a Silvela Díaz criado, en "Nihilismo y Terrorismo", en el grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista "Cuadernos de estrategia", editada por MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, p.172.
- CARO BAROJA, J. (1989). "Terror y Terrorismo". Plaza & Janes. Cambio 16. Barcelona.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (2001). "Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo". 2ª Ed. Tecnos, Madrid.
- _____ (1996). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en D.I Contemporáneo*, Tecnos, Madrid.
- _____ (1994). *Curso de Derecho Internacional Público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Tecnos, Madrid.
- _____ (1989). *Les Aspects Juridiques du Terrorism International*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.
- CASELLI, G. C (2005). *Los instrumentos internacionales en la lucha contra el crimen organizado*, en Cámara de Landa, E. y Morabito, S (coord.): "Mafia, Ndrangheta, camorra: en los entresijos del poder paralelo", Secretariado de publicaciones e Intercambio Editorial. Valladolid.

- CASSESE, A. (1999). "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections". *European Journal of International Law (EJIL)* 10, pp.144–171.
- CAVERO LATAILLADE, Í. (2000) Comunicación "Los sistemas comparados de asistencia jurídica gratuita para la tutela de los Derechos Humanos", en "Hacia una Justicia Internacional", XXI Jornadas de la Abogacía del Estado, Editorial Civitas y BSCH, Nov.2000, Madrid. Pp.149-160.
- CERBINO, M. (2004). *Pandillas juveniles, cultura y conflicto de la Calle*. Editorial: El Conejo/Abya yala. Quito.
- CEREZO MIR, J. (1985). *Curso de derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1985.
- CLARK, W. K. (2003). *¿Qué ha fallado en Irak? La guerra, el terrorismo y el imperio americano*. Traducido por Juan Rabasseda-Gascón. Barcelona.
- COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M^a. T. (2000) "El estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales". *La criminalización de la barbarie...* Cap. IX. pp. 325-356.
- CONDORELLI, L. (2001) "Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le Droit international?". *Revista General de Derecho Internacional Público (RGDIP)*, tomo 105, nº 4.
- _____ (1999) "Le azioni dell'ONU e l'applicazione del Diritto internazionale umanitario: Il bolletino del Secretario Generale del 6.VIII.1999", *Revista di Diritto Internazionale*, LXXXII, n.4, pp.1049-1053.
- CORRAL SALVADOR, C. (2003) "Fundamentalismo y religión" en X Curso Internacional de Defensa. Jaca. 16-20.IX.2002. MINISDEF. Marzo. Madrid.
- CORRALES ELIZONDO, A. (2009). "La ocupación bélica", en *Revista Española de Derecho Militar*, dedicada a su memoria, nº 93, Enero-Junio, pp.37 y ss. Madrid.
- _____ (2004) "Lucha contra el terrorismo y derecho Internacional", en el nº 133 de Cuadernos de Estrategia del Instituto Español de Estudios Estratégicos, en el Capítulo cuarto ("La ocupación bélica"), pp.109 y ss. Madrid.
- _____ (2000). "El principio de jurisdicción penal universal y su incidencia en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional" Mimeografiado XXI Jornadas de estudio de 9-11 Junio 1999, Abogacía General del Estado, ISBN 84-931688-1-5. *Hacia una Justicia Internacional*, pp. 527-536. Ed. Civitas, BSCH, noviembre. Madrid.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1984). *Estados de excepción y suspensión de Garantías*. Tecnos. Madrid.
- CHERRIFF BASSIOUNI, M. (1992) "Crimes against humanity", en *British International Criminal Law*, (Bureau), (ICLB) New Cork, 1992, pp.66 y ss.
- CHISLETT, W. (2014). "La adhesión de Turquía a la UE: el momento de la verdad", documento de trabajo 14/2004. Real Instituto Elcano. Madrid.

- DAGUZAN, J-F. (2011) Conferencia que impartió el día 11 de marzo de 2011 con el título "*La amenaza del terrorismo islamista en Francia*" con ocasión del Simposio sobre "*la amenaza del terrorismo islamista en Europa Occidental*", organizado por el Instituto General Gutiérrez Mellado. Madrid.
- _____ (2003) -Investigador de la Fundación de estudios estratégicos de París, en X Curso Internacional de Defensa que tuvo lugar en Jaca, 16-20.IX.02, bajo el título de "*Terrorismo Internacional en el siglo XXI*". MINISDEF. Marzo. Su ponencia "*El terrorismo radical islámico*". Mimeografiado. P.146.
- NEGRO PAVÓN, D. (2003) "*La opinión pública como superpotencia*". Columna del diario "La Razón" del martes 11 de marzo.
- DAMROSCH, L.F. (1989). «*Covert Operations*». En American Journal of International Law (AJIL) nº 83, pp.789-805.
- DARWIN, Ch. (1988) *Origen de las especies*. Grijalbo. Madrid.
- DAVARA RODRIGUEZ, M. Á. (1993). *Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, Pamplona.
- DELPECH, T.. (Diciembre 2003): "*Caos mundial. Terrorismo internacional*", comentado por Vicente Hueso García en "*Nihilismo y Terrorismo*", en el grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista "Cuadernos de estrategia". MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, p.218.
- DE MIGUEL ALONSO, C. (1971) "*La Unidad de Jurisdicción en Materia Penal*", en: Problemas Actuales de D. Penal y Procesal. Universidad de Salamanca. Salamanca.
- DE MIGUEL GARCILOPEZ, A. (1963) "*Ley Penal y Ministerio Público en el Estado de Derecho*". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Septiembre-Diciembre Vol. XVI. P. 262.
- DE SOLA DOMINGO, M. (1987) "*Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: Unas reflexiones con motivo de su cuarenta aniversario*", en ONU: Año XL, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 13, pp.107 y ss., Madrid.
- _____ (1983) "*La Convención Internacional contra la toma de rehenes*", Revista Española de Derecho Internacional (REDI), Vol. XXXV, Nº 1, pp.85-96 y 89-91.
- DEUVE, J.. (1900). *Les Services secrets normands: la guerre secrète au Moyen âge: 900-1135*, Revista francesa Condé-sur-Noireau Corlet.
- DÍAZ BARRADO, C. M. (1988). "*La Pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en `consideraciones humanitarias´. Análisis de la práctica internacional contemporánea*". Revista Española de Derecho Internacional (REDI), Vol.XL, Nº 1,1988, pp.41-76.
- DIAZ CARMONA, A. (1969). *Bandolerismo Contemporáneo*. Madrid: Compañía Bibliográfica Española.

- DÍAZ DEL RÍO DURÁN, J. (2011). "La ciberseguridad en el ámbito militar" en Cuaderno de Estrategia nº 149 ("Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio") del Instituto Español de Estudios Estratégicos, MINISDEF, nº 149, p.224.
- DIEZ ALEGRIA, M. (1972). *Ejército y Sociedad*. Alianza Editorial. Madrid
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (1990). *El Derecho penal Internacional* (ámbito espacial de la ley penal), Ed. Colex, Madrid.
- DOLLARD, M. et al. (1939). *The hypothesis suggests that the failure to obtain a desired or expected goal leads to aggressive behavior*. Frustration and aggression, Yale University Press, New Haven, Connecticut. ISBN 0313222010.
- DUFFY, H. (2005). *The "War on Terror" and "the framework of International Law"*, Cambridge University Press.
- DURBIN & JOHN BOWLY. (1950). *Personal aggressiveness and war*. Columbia University Press.
- EMANUELLI, C. (1995). *Las acciones militares de la ONU y el DIH*. Wilson & Lafleur Ltée. Montreal.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (2000a) "La Corte Penal Internacional", en GARCÍA ARÁN, M & LÓPEZ GARRIDO, D.: *Crimen Internacional y Jurisdicción universal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- _____ (2000b) "Algunas reflexiones sobre el TPI como organización institucional". Revista Española de Derecho Militar (REDEM) 75, Enero-Junio. Madrid.
- _____ (2000c) *Crimen Internacional y Jurisdicción universal. El Caso Pinochet*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. (2010) *Lecciones de relaciones Internacionales*, Colección Relaciones Internacionales nº 1, Aebius, Madrid.
- EYMAR, C. (2001). *De la Historia y concepto del desarme*. MINISDEF. ISBN: 84-7823-824-7. Madrid.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, L. (2015). "Nuevos retos y oportunidades para los kurdos en Turquía". Universidad Complutense. UNISCI DISCUSSION PAPERS, Mayo. Madrid.
- FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J. L. (2001). *El Derecho de los conflictos armados. De iure belli. El Derecho de la Guerra*, MINISDEF, Enero, Madrid.
- _____ (1982). *Del Derecho de la Guerra*, Ediciones Ejército, Madrid.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992) "La Jurisdicción Militar", Consejo General del poder Judicial (CGPJ), Cuadernos de Derecho Judicial, Monografías/4/1992/Pp.11-102.
- FERRACUTI, F. (1984) "Consecuencias Morales, Sociales y Políticas del Terrorismo". Debate. En: Terrorismo Internacional. Dirigido por Salustiano del Campo. Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales. Pp. 62-63.
- FERRARO PARMELEE, L. (1996). "Good News from France: French Anti-League Propaganda in Elizabethan England", Rochester (N.York),

- University Press,1996,pp.27-51: "Printers, Patrons, Readers and Spies", p.40.
- FERREIRA NAVARRO, M. (2014)."*Operación Cóndor: Antecedentes, Formación y Acciones*", Ab Initio, Núm.9, pp.153-179, disponible en www.ab-initio.es
- FRAGUAS, R. (2003). "*Espías en la transición*", Oberon. Madrid,
- FRIEDLANDER, R. A. (1980) "*Terrorism and Self-Determination: The Fatal Nexus*," Syracuse Journal of International Law and Commerce: Vol. 7: Iss. 2, Article 8.
- FROWEIN, J.A. (1989) *Les Aspects Juridiques du Terrorism International, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye*, 1988, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.
- GANUZA ARTILES, N. (2011)."*La situación de la ciberseguridad en el ámbito internacional y en el de la OTAN*", en Cuaderno de Estrategia nº 149 ("*Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*") del Instituto Español de Estudios Estratégicos, MINISDEF, nº 149, p.172.
- GARZÓN, B. (2001): "*La respuesta*", en El País de 02.10.01 [www.elpais.es]
- GÓMEZ GUILLAMÓN, R. (2000) "*La instrucción (investigación) en la CPI*", en D. P. Internacional. Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Ministerio de Justicia, Madrid, 22 a 23 de Mayo.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2011). "*Estrategias legales frente a las ciberamenazas*", en Cuaderno de Estrategia nº 149 ("*Ciberseguridad.Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*") del Instituto Español de Estudios Estratégicos, MINISDEF, nº 149, pp.108-110.
- _____ (2006). "*El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*", en GÓMEZ COLOMER, J.L / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Coords.),*Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1964) *Comentarios A la Ley de Orden Público*. Publicaciones Abella. Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, M. (2006) "*Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario*", en Cuadernos de Estrategia, MINISDEF, Instituto de Estudios Estratégicos, 133, Cap. III, p.95.
- GLUCKSMANN, A. (Diciembre 2003). "*El nihilismo como factor belígeno*", comentado por Francisco J. Franco Suances en "*Nihilismo y Terrorismo*", en el grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista "Cuadernos de estrategia". MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, P.97 y 101.

- GREEWODD, C. (1998) "*Derecho Internacional Humanitario y operaciones militares de las N.U.*", en Anuario de Derecho Internacional Humanitario (DIH), Cruz Roja, Vol. I.
- GUILLAUME, G. (1995). *Las grandes crisis internacionales y el Derecho*. Ed. Ariel Derecho, S.A. Barcelona.
- _____ (1989). "*Terrorisme et droit international*", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (RCADI), T.25, III, pp.297-300.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2000). "*Los condicionamientos políticos y limitadas competencias del TPI*" REDEM n.75, Enero-Junio. Madrid.
- _____ (1986). "*A propósito de la adhesión española (1985) a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas (contexto de un tratado internacional, reservas y objeciones, arreglo de controversias*", REDI, XXXVII.
- HANS-PETER GASSER (1986) "*Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario*", Revista Internacional de la Cruz Roja, Nº 76, julio-agosto, pp. 208-221.
- HAILBRONNER, K. (1982). "*Terrorismo Internacional y Leyes de la Guerra*", *German Yearbook of International Law*. Volumen 25 (founded by Rudolf Laun-Hermann Von Mangoldt. Editors: Jost Delbrück, Wilfried Fiedler, Wilhelm A.Kewenig, Rüdiger Wolfrum. Assistant Editor: Ingrid Jahn. Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel, Vincie Veritas, Duncker & Humblot.Berlin).
- HERDEGEN, H. (1987). "*Government-in exile*", en Max Planck Encyclopedya of Public International Law, vol.X. Amsterdam, Nueva York, Oxford, pp.210 y ss.
- JAKOBS-CANCIÓ MELIÁ (2003). *Derecho Penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid.
- JÁUDENES JORDANO, J. (1984). "*Fuerzas Armadas y Terrorismo*", en DEL CAMPO, Salustiano (Dir.), *Terrorismo Internacional*, Madrid, 1984, p.88.
- JIMENA REYES (2012). "*La réactivation des procédures judiciaires en Amérique latine*", Responsable de la Oficina de las Américas de la FIDH, en "*Amérique latine: De la violence politique à la défense des droits de l'Homme*", publicado por *Sophie Daviaud*, L'Harmattan, París, p.258.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1930). *Derecho Penal*, Vol. II, Madrid, pp.428 y ss.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. (1999). "*Hacia una Jurisdicción Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de Julio de 1998*", Studia Carande. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicos 1999-3.
- JOHNSON, L. K. (1992). "*On Drawing a Bright Line for Covert Operations*", en American Journal of International Law (AJIL) nº 86, pp.284-309.
- JOYANES AGUILAR, L. (2011). "*Introducción. Estado del arte de la ciberseguridad*", en Cuaderno de Estrategia nº 149 ("*Ciberseguridad.Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio*") del Instituto Español de Estudios Estratégicos, MINISDEF, 2011, nº 149, p. 32.

- JORDÁN, J. P. (2011). Conferencia que impartió con el título “La amenaza del terrorismo islamista en España” con ocasión del Simposio sobre “*la amenaza del terrorismo islamista en Europa Occidental*”, organizado por el Instituto General Gutiérrez Mellado, Madrid, el día 11 de marzo de 2011.
- _____ (1974). “*Terrorism and the International Law of War*”, en *Military Law Review* vol. 64, 1-36.
- KANE, T. R. (1987) “*Prosecuting International Terrorists United States Courts: Gaining the jurisdiction Threshold*”, *Yale Journal of International Law*, Vol 12, Summer, pp.294-341.
- KAPLAN, R. D. (2002). *Soldados de Dios, Un viaje a Afganistán* con los guerrilleros islámicos, de Biblioteca Grandes viajeros, 1ª Ed. De Septiembre, traducida por *Jordi Vidal*. Barcelona.
- KELSEN. (2003) *La paz por medio del Derecho*, Ed. Trotta. Madrid.
- LABORDA BARCELÓ, J. (2003). “*Apuntes sobre las características de los mandos del Ejército del siglo XVI*”, en *Revista de Historia Militar*, vol.XLIV: nº 93, pp.89-107
- LACQUEUR, W. (2003). *Una historia del terrorismo*, Ed. Paidós Ibérica, S.A, Traducción de *Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar*. Barcelona.
- _____ (1977). *Terrorismo*, libro traducido en 1980 por Espasa Calpe para su colección Biblioteca de Ciencias políticas.Madrid.
- LAMARCA PEREZ, C. (1989) “*La Última Receptación de la Normativa Antiterrorista en la Legislación Común*”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 42, Fasc/Mes 3, págs. 955-988.
- _____ (1985). “*Tratamiento jurídico del terrorismo*”. Colección Temas penales. Serie A. Nº 3. Centro de publicaciones del Mº de Justicia. Secretaría General Técnica. Madrid
- LATTANZI, F. (1995) « *La repression penale des crimes du Droit Internacional: des jurisdictions internes aux juisdictions internationales* », en *Le droit face aux crises humanitaires*. Comisión Europea. Bruselas. Vol I.
- LAUTERPACHT, H. en OPPENHEIM, L. (1955) *International Law*, 8th ed. 1955, p.616.
- LEVY, B. H. (Diciembre 2003). “*El filósofo del lado oscuro de la Historia*”, comentado por *Ignacio Fuente Cobo* en grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, publicado en la revista “*Cudernos de Estrategia*”.MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, nº 124, pág.134-135.
- LINDSAY CLUTTEBUCK (2011). Conferencia que impartió con el título “La amenaza del terrorismo islamista en Reino Unido” con ocasión del Simposio sobre “*la amenaza del terrorismo islamista en Europa Occidental*”, organizado por el Instituto General Gutiérrez Mellado, Madrid, el día 11 de marzo de 2011.

- LILLICH, R. B. (1977). "State Responsibility for injuries to aliens Occasioned by terrorist activities", *The American U.L.Rev.*, 26.
- LIROLA DELGADO, I. & MARTÍN MARTÍNEZ M .M. (2001). *La Corte Penal Internacional, Justicia versus impunidad*. Editorial Ariel Derecho. 1ª Edición. Barcelona.
- LOMBROSO, C. (1893). *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*. Fratelli Bocca. Turín.
- LLOBET ANGLÍ, M. (2010). *Derecho Penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. La Ley, Grupo Wolters Kluwer. 1ª Ed. Abril. Madrid.
- MALLISON W. T. / MALLISON, SALLY V. (1978) "The Control of State Terror through the Application of the International Humanitarian Law of Armed Conflict", en *Marius H. Livingston* (ed.), "International terrorism in the Contemporary World", pp.23-332.London.
- MANGAS MARTÍN, A. (2011): "Muerte de Bin Laden y Derecho de la Guerra". Artículo de El Mundo de martes de 10 de mayo de 2011 Sección Tribuna (Otras voces).
- _____ (1992). *Conflictos armados internos y D.I.H*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
- MANI. V. S. (1978). "International Terrorism –Is a Definition Possible?", *The Indian Journal of Law and Public Policy*, Int'l L.18, p.206-211.
- MAQUEDA ABREU, M. L (1986) "El Caso Ballesteros". En: Poder Judicial, Segunda Época. No.2. Junio. Madrid.
- MARC SAGEMAN. (2004) *Understanding terror networks*, University of Pennsylvania Press. Filadelfia.
- MARCO LOMBARDI. (2011). Conferencia que impartió con el título "La amenaza del terrorismo islamista en Italia" con ocasión del Simposio sobre "la amenaza del terrorismo islamista en Europa Occidental", organizado por el Instituto General Gutiérrez Mellado, Madrid, el día 11 de marzo de 2011.
- MÁRQUEZ CARRASCO, M. C. (2000) "Alcance de la Jurisdicción Universal" en *La criminalización de la barbarie... la Corte Penal Internacional*. Premio Rafael Martínez Emperador 1999. Cap.X.p.375. CGPJ. Madrid.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M. M. (2001). *La Corte Penal Internacional, Justicia versus impunidad*. Editorial Ariel Derecho. 1 Edición. Barcelona.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L.. (1976): "Las Sanciones de Orden Publico en el Derecho Penal español". *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* ISSN 0210-0223 N° 13. Pp.136-140. Madrid.
- MARTÍN VICENTE, M. A. (2001). "El Estatuto de las Fuerzas desplazadas", p.734, en *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, editado por MINISDEF, Abril.Madrid.
- MARTÍNEZ CALCERRADA. L. & RICARDO DE LORENZO. (2001). *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*. Tomo.I. Ed. Cóllex. Madrid.

- MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J. L. (2000). "El concepto de crímenes de lesa humanidad". REDEM núm. 75.Pp.220-221.
- MATTAROLLO, R. (2006). "Terrorismo, lucha antiterrorista y Derechos Humanos", del Panel de juristas eminentes de la Comisión Internacional de Juristas 31 de octubre de 2006, en su intervención como Subsecretario de Promoción y protección de Derechos Humanos (Secretaría de Derechos Humanos). Argentina.
- _____ (2001) "La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad" Primer número de la Revista argentina de DDHH del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Universidad Nacional de Lanus. (documento obtenido de internet, no paginado, visualizado a través de "google" a las 12:30 horas del día 05.04.11.Rebelión Derechos Humanos, de 29 de Julio).
- MECHELYNK, A. (1915). *La Convención de la Haya, Gand*.
- MILTON J.BLAKE, (1951) *Legal Assistance for servicemen: a report of the survey of the legal profession 9*.
- MOA RODRÍGUEZ, PÍO. (1985a) "Terrorismo: ¿urbanización del conflicto?", en Reflexiones sobre el terrorismo, Editorial El autor, p.17, Madrid.
- _____ (1985b) "Terrorismo: ¿urbanización del conflicto?", Reflexiones sobre el terrorismo en Revista criminalidad, Análisis y profundización. Policía Nacional DIJIN.p.59.Madrid.
- MONTAGU, A. (1990): *Naturaleza de la agresividad humana*, Alianza, Madrid.
- MONTAÑO, E. (2005)."Estrategia de cooperación para contrarrestar la violencia política del terrorismo y del crimen organizado", La Paz, Bolivia.
- MOURE COLÓN, F. (2014). *Armonización de las líneas de acción de la estrategia integral de seguridad de la comunidad Internacional: aportación española*, Mº del Interior, Ed. Dykinson, S.L, Madrid
- MUÑOZ ALONSO, A. (1982) *El Terrorismo en España*. Editorial Plantea. 1982. Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (2012) "El Derecho en la guerra contra el terrorismo: el Derecho de la guerra, el Derecho penal internacional y el Derecho de la guerra dentro del Derecho penal interno ("Derecho penal del enemigo")" Revista penal, ISSN 1138-9168, Nº 29, 2012, pp. 115-126.
- MURPHY, J. F. (1978).*Legal Aspects of International Terrorism: Summary Report of an International Conference*, en: Studies in Transnational Legal Policy vol.19 (1980); Alona E.Evans / John F.Murphy (eds), *Legal Aspects of International Terrorism*, Lexington, Mass., Toronto.
- NAVARRO BONILLA, D. (2004). *Los archivos del espionaje: información, razón de Estado y organismos de inteligencia en la monarquía Hispánica*, Caja Duero, Depósito legal: S.635-2004, trabajo galardonado con Premio Nacional de Defensa, 2003, en la modalidad de investigación en ciencias históricas relacionadas con el ámbito militar (MINISDEF).

- NIETO MARTÍN, A. (2009) "Los derechos humanos en el derecho penal militar y en la guerra", Revista General de Derecho Penal, ISSN-e 1698-1189, Nº. 11.
- NOLTE/KRIEGER, (2003) *Comparasion of European Military Law System*, Berlin, De Gruyter. Recht.
- NÚÑEZ BARBERO, R. (1971) "Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común", en: Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal. Salamanca: Universidad de Salamanca. 1971.
- ONECA, A. (1949). *Parte General de D. Penal*, p.119, Madrid.
- _____ (1930). *Derecho Penal*, Vol. II, pp.428 y ss. Madrid
- OPPENHEIM, L. / LAUTERPACHT, H et al. (1952). "International Law" vol 2, séptima ed., p.588, nota 4.London.
- OPPERMANN, Th. (1981) *Dar Beitrag des Internationalen Rechts zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus*, en : *Ingo v. Munich (ed.)*, *Staasrecht – Volkrecht-Europa-recht, Festschrift fur Hans-Jurgen Schlochauer*, Berlín, New York, pp. 495-514.
- ORESTES, H. (2001) Carl Schmitt. Teólogo de la política, Prólogo y Selección de Textos, Fondo de Cultura Económica, pp.169-223.Madrid.
- OSSORIO Y GALLARDO, A. (1929) "Bases para la reorganización judicial", Base 31, p.225. Madrid
- PARADA VAZQUEZ, J. R. (1982). "Evolución y Constitucionalización de las Infracciones Administrativas". Poder Judicial (P.J). Nº 4.
- PARENT, G. A. (2002). "Les événements du 11 septembre eu la sécurité inteérieure". Revue internationale de criminologie et de pólíce thecnique et scientifique 55, 1, pp.51-69.
- PAXMAN J. M. (1977). "State Responsibility for injuries to aliens Occasioned by terrorist activities", The American U.L. Rev., 26.
- PELÁEZ MARÓN, J. M. (2000) "El desarrollo del Derecho Internacional en el siglo XX." En "La Criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional". Premio Rafael Martínez Emperador.1999. CGPJ. Pp.89-136. Madrid.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. (2007). "El paradigma de la Seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal", en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.)/PUENTE ABA, Luz Mª/SOUTO GARCÍA, Eva Mª (Coords.), *Derecho Penal de Excepción. Terrorismo e Inmigración*. Valencia.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. (2006). "Cuadernos de Estrategia" (MINISDEF, Instituto de Estudios Estratégicos).Nº 133. Madrid.
- PEREZ GONZÁLEZ, M & RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. (2002). "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el DIH y de los DH", en Revista española de Derecho Internacional (REDI), 2002, 1, vol. LIV, p.12.
- PÉREZ VENTURA, J. (2015).: "Breve Hª del conflicto entre el Tíbet y China" en página web *El Orden Mundial en el siglo XXI. Informe Anual 2014-2015*.

- PEROSINO, M. (2011). "*Tanatopolítica. Una aproximación a la administración de la muerte; De Foucault a Agamben*", en Revista de Observaciones Filosóficas nº 12/2011.
- PERRUCA ALBADALEJO, V. (2016) "*El terrorismo Internacional en el espacio aéreo*". Revista de Derecho RDUNED. Nº 19. Segundo semestre. Madrid.
- _____. (2010a) "*El estatuto de las víctimas en la Corte Penal Internacional*" (2010), [noticias jurídicas.com](http://noticiasjuridicas.com), artículos doctrinales, Sección de Derecho Penal. Enero.
- _____. (2010b) "*La piratería en estados fallidos: criterios de jurisdicción penal*" (2010), [[noticias jurídicas.com](http://noticiasjuridicas.com)], artículos doctrinales, Sección de Derecho Penal, Enero; [www.derechoecuador.com] del miércoles 07 de Enero de 2010; El Diario o Revista Judicial ecuatoriana la Hora El Oro C-1 a C-3, Edición de Jueves 22 de Julio del 2010 y del Viernes 1 de Octubre de 2010.
- _____. (2007a), "*Los expedientes militares gubernativos como parangón entre el Derecho común inglés y el Derecho no común español*", [noticias jurídicas.com](http://noticiasjuridicas.com), artículos doctrinales, Sección de Derecho Militar, Julio.
- _____. (2007b), "*La Corte Penal Internacional y su afectación al Derecho Militar*", [noticias jurídicas.com](http://noticiasjuridicas.com), artículos doctrinales, sección de Derecho Internacional, Diciembre.
- _____. (1996). "*El comandante de aeronave militar y art.50 de la Ley de Navegación aérea. Distintos estatutos bélicos aplicables a pilotos comerciales*". I Jornadas de Derecho de la Sociedad Internacional sobre estudios de la Guerra, en Cuartel General del Aire, Madrid.
- PIGNATELLI Y MECA. F. (2003) *El Estatuto de la Corte Penal Internacional, Antecedentes y textos complementarios*, MINISDEF, edición de Marzo. Madrid.
- _____. (2000). "*Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma*" REDEM 75, Enero-Junio 2000.Madrid.
- PILLAUD, CLAUDE, DE PREUX, JEAN (et.al). (1986). *Commentaire des Protocoles adicionales du 8 juin 1977 aux Conventions de Gèneve du 12 août 1949, CICR, 1986. Gèneve*
- PORTILLA CONTREAS, G. (2005). "*Globalización del antiterrorismo: el retorno del derecho Penal al estado de naturaleza*", en *Viento Sur*, nº 83, 2005, p.31.
- POULANTZAS, N. M. (1980) *Some Reflections on International Terrorism*, en: *Revue de Droit International* vol. 57, pp.141-151.
- POZO SERRANO, P. (2009). "*Las compañías de seguridad privada como nuevo actor en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales: actividades y marco jurídico*" en BLANC ALTEMIR, A (Editor): "El proceso de reforma en las Naciones Unidas", Tecnos, Madrid.
- PRITTWITZ, C. (2004). "*¿Guerra en tiempos de Paz? Fundamentos y límites de la distinción entre Derecho Penal y guerra*", en *Revista Penal* nº 14, 2004 (Traducido por F. Navarro Cardoso). Pp. 175-176.

- QUEL LÓPEZ (2000). “*La competencia material de los TPI: consideraciones sobre los crímenes tipificados*”, en “*Creación de una jurisdicción penal internacional*”, Escuela Diplomática-BOE, Madrid.
- QUERALT, J. J. (1986) “*El policía y la Ley*”. Plaza & Janés, 1986. ISBN 84-01-90161-8. Barcelona.
- RAMON CHORNET, C. (2004) *Cuestiones en torno al estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo*, en los retos humanitarios del siglo XXI, PUV, Tirant lo Blanch, pp.43 y ss. Valencia.
- _____ (1993) *Terrorismo y Respuesta de Fuerza en el Marco del D.I.*, Tirant Lo Blanch, pp.197-199. Valencia.
- RAMONET, I. (2002a). “*Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*”, Mondadori, Juan Andrés Toledano Mancheño lo comenta con ocasión del grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, en Cuadernos de estrategia nº 124, pp.188-189.
- _____ (2002b) *Conferencia* en X Curso Internacional de Defensa que tuvo lugar en Jaca (16-20.IX.02).
- RANSTORP, M. (2011). *Conferencia* que impartió con el título “La amenaza del terrorismo islamista en Alemania” con ocasión del Simposio sobre “*la amenaza del terrorismo islamista en Europa Occidental*”, organizado por el Instituto General Gutiérrez Mellado, Madrid, el día 11 de marzo de 2011.
- REAGAN.R. (1987). “*The Network of Terrorist States*”, Terrorism, 9, pp.101-112. Washington.
- REINARES, F. (2006). “*Cuadernos de estrategia*” (MINISDEF, Instituto de Estudios Estratégicos), Nº 133, p.43.
- _____ (1998). *Terrorismo y Antiterrorismo*, 1998, p.159. Barcelona-Buenos Aires-México.
- _____ (2011) Conferencia sobre “*La amenaza del terrorismo islamista en España*” con ocasión del Simposio sobre “*la amenaza del terrorismo islamista en Europa Occidental*”, organizado por el Instituto General Gutiérrez Mellado, Madrid, el día 11 de marzo de 2001.
- REMIRO BROTONS, A. (1997) *Derecho Internacional*. Macgraw-Hill. Madrid.
- REVEL, J. F. (2003) “*El realismo de la lógica*”, autor recensionado por José Enrique Fojón Lagoa en el grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario sobre esta materia, que fue publicado en Diciembre de 2003 por el Instituto español de estudios estratégicos, MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, en Cuadernos de estrategia nº 124, pág.69-74.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2002). “*Seguridad Nacional y Derechos Humanos*”, Editorial Aranzadi. Pamplona.
- RIK COOLSAET. (2011) *Conferencia* que impartió con el título “*La amenaza del terrorismo islamista en Bélgica*” con ocasión del Simposio sobre “*la*

- amenaza del terrorismo islamista en Europa Occidental*”, organizado por el Instituto General Gutiérrez Mellado, Madrid, el día 11 de marzo de 2011.
- RIVERO RODRÍGUEZ, M. (2000). “*Diplomacia y Relaciones exteriores en la Edad Moderna (1453-1794)*”, Alianza, Madrid.
- RIVERA VELÁZQUEZ, J. (2014). “*Crimen organizado y autodefensa en México: el caso de Michoacán*”, en Revista del programa de Cooperación en seguridad Regional-Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). Perspectivas 6/2014.
- RODRÍGUEZ ROCA, R. (2003) «Premio Hernán Pérez del Pulgar»: “*Fuerzas terrestres en la guerra de Irak: una aproximación al campo de batalla futuro. Lecciones identificadas en la tercera guerra del Golfo*”, Ministerio de Defensa, MADOC/Ejército de Tierra.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. (1987): “*Algunas consideraciones sobre el Código Penal Militar español de 1985*”, en RGD números 517-518, octubre-noviembre, pp.5681 y ss.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (2007) «*Los diferentes mandatos, el Derecho Internacional Humanitario y el trabajo de campo*» (citando a STUDER, p. 79) en Santamaría del Pozo, Javier (dir.): *La cooperación entre lo civil y lo militar*, p. 99, Instituto Universitario «General Gutiérrez Mellado» (IUGGM), Madrid.
- _____ (2000) “*Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*”. REDEM 75, Enero-Junio 2000.
- _____ (1986) “*El Código Penal Militar*”, Revista General de Derecho, nº 499, pp. 1257-1309.
- ROGER S.CLARK/OTTO TRIFTERER (1999) “*Exclusión of jurisdiction over persons*” en “*Commentary on the Rome Statute of the Internacional Criminal Court. Observers. Notes. Article by article*”. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Germany.
- ROHAN GUNARATNA. (2002). “*Inside Al Qaeda. Global network of terror*”, Hurst and Company. London.
- ROLDÁN BARBERO, J. (2002). “*La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo*”. Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, Año nº 6, Nº 13, 2002, pp. 677-721.
- RONZITTI, N. (1985a). *Rescuing nationals abroad through military coercion and intervention on grounds of humanity*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, p.1-5,7-19 y 21-76.
- _____ (1985b). (Ed) *Europa e Terrorismo Internazionale*”, Istituto Affari Internazionali, Roma, 1990 –“*Current Legal Approaches to International Terrorism*”, Terrorism, 7 (1984-1985),pp.147-161.
- _____ (1985c). “*Alcuni problema giuridici sollevati del dirottamento dell Achille Lauro*”, Revista di Diritto Internazionale (RDI), pp.584-588.
- ROMERO MAURA, J. (2000). *La romana del diablo. Ensayos sobre la violencia política en España (1900-1950)*. Marcial Pons. Madrid.

- ROJAS MARCOS, L. (1995): *Las semillas de la violencia*. Espasa. Madrid.
- ROSEN S. J y FRANCK.R. (1975) “*Measures against International Terrorism*”, en CARLTON D y SCHAERF.C (Eds.): *International Terrorism and World Security*, Wiley, pp.60-68. Londres/Nueva York.
- ROTHWELL, D R. (2016). “*Piratería marítima y ley internacional*” en *The International Law of the sea*. Hurt publishing. Canberra.
- RUBIN, Alfred P. (1979). “*Terrorism and Social Control: An International Law Perspective*”, en *Ohio Northern University Law Review* vol.6 (1979), 60-69 (62 et seq.)
- RUEDA FERNÁNDEZ, C. “*Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?*” en *La criminalización de la Barbarie*, Cap. VIII , pp. 301-324
- SACK, F. (1999). *Jugendgewalt-Schlüssel zur Pathologie der Gesellschaft? In: Programmleitung NFP 40 (Eds.): Gewalttätige Jugend –ein Mythos?* Boletín nº 4. Bern: SFN, p.10.
- SÁINZ DE LA PEÑA, J. A. (1995), en MARQUINA A y BRAUCH G., (Eds.) *Confidence building and Parneshift in the Western Mediterranean (UNISCI Papers 1995)*, pp.245-256. Madrid.
- SAIZ ARNAIZ.A. (1988).”*La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*”. CGPJ, 1988. Madrid
- SALMÓN, E. (2004) “*Introducción al DIH*”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SARGA, D. (1996): “*Las Naciones Unidas, como sujeto sometido al DIH*”, en “*Coloquio con motivo del 50 aniversario de la ONU*”, París.
- SAURA ESTAPÀ, J. (2010).”*Las empresas militares y de seguridad privada ante el Derecho Internacional de los derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí*” [19] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, Nº 19, [www.reei.org].
- SCELLE, G. (1984). “*Precis de droit de gens (Principes et systemathiques)*.” Commission Nationale Universitaire et de la Recherche Scientifique (CNURS).Paris.
- SCHARF, M. P.. (2005). ”*Defining Terrorism as The Peacetime Equivalent of War Crimes: Problems and Prospects*”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37, p.373.
- SCHINDLER. (1979). “*The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols*”, RCADI, 1979/II, vol.163, pág.147
- SERRANO GÓMEZ, A. (1978). ”*La detención: garantías del detenido en la CE de 1978*”. Anuario de Derecho Penal. Tomo 31.Nº 3.
- SHAIKH, A. R. (1992). “*A Theoretic Approach to Transnational Terrorism*”, *The Georgetown Law Journal*, vol.80, Number 6, August 1992, p.2131-2174, p.2159, 2157-2161 y 2172-2174.

- SHAW, MALCOM, N. (2003). *International Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2003.
- SILVELA DÍAZ CRIADO, E. M^a. (Diciembre 2003) en grupo de Trabajo nº 4/03 referido al seminario organizado por el Instituto español de estudios estratégicos, MINISDEF, ISBN 84-9781-074-0, en Cuadernos de estrategia nº 124, p.175.
- SOFAER, A. D. (1986) *Terrorism and the Law*, Foreign Affairs (F.A), Summer, pp.901-922 y 916 y 917.
- SOTO, A. (2004). "*China y EE.UU: balance de tres años de cooperación tras el 11-S*" en ARI Nº 130/2004, Real Instituto Elcano.Madrid.
- SOTO NIETO. F: "*Responsabilidad penal derivada de la actividad médica*", p.931, en MARTÍNEZ CALCERRADA.L, RICARDO DE LORENZO. (2001). *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario. Tomo. I. Ed. Cólax 2001.Madrid.*
- SPECTER, M (2007). "*Why are Vlami Putin's opponents dying?*" New Yorker, consultado en [http://www.michaelspecter.com.my/2007/2007OI_29_Kremlin.html]
- STEINBERG, Guido Walter. (2011) Conferencia que impartió con el título "*La amenaza del terrorismo islamista en Alemania*" con ocasión del Simposio sobre "*la amenaza del terrorismo islamista en Europa Occidental*", organizado por el Instituto General Gutiérrez Mellado, Madrid, el día 11 de marzo de 2011.
- STURM, R. (1976) "*Zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen –Ein Beitrag zum Gesetz vom 18. August–*", Monatschrift für Deutsches Recht, núm. 1.
- SUÁREZ OJEDA, M. (2010). "*Guantánamo y el imperio del Derecho en el contexto internacional*" –André Gabriel, Pavón Pisticiello, Daniel y Prieto San Juan Rafael –coords.- de la Universidad Católica de Córdoba-Pontificia. Univesidad javeriana, Colombia, Biblioteca jurídica Diké, 334 pp-, en revista electrónica iberoamericana Recuperado en [<http://www.urjc.es/ceib>], vol.4, nº 2, 2010.
- SUN TZU (2001) Ed.Thomas Cleary, 3^a Ed., Madrid; *México, Buenos Aires*, Edaf, 2001, p.219-223.
- THAROOR, S. (1996). «*Should UN Peacekeeping Go «Back to Basics?»*» Survival, vol. 37, n.º 4, Invierno de 1995-1996.
- THARP Paul, A. (1978): "*The Laws of War as a Potential Legal Regime for the Control of Terrorist Activities*", en Journal of International Affairs, vol.32 (1978), 91-100 (97).
- TIEFENBRUN, S. (2003). "*A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism*", en Journal of International & Comparative Law, 9, Spring, 2003, p.381.
- TIZIANO TERZANI (2002). "*Cartas contra la guerra*".Edita RBA Libros, julio de 2002 (1^a Edición). Traducción de Juan Carlos Gentile. ISBN: 84-7901-872-0.

- TOMAN, J. (1975). "Terrorism and the Regulation of Armed Conflicts", in Cherif M.Bassiouni (Ed.) *International Terrorist and Political Crimes*. Springfield, Illinois, Charles C.Thomas, 1975, p.140-141.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1969) "*El Derecho Penal en la Monarquía Absoluta, (Siglos XVI, XVII y XVIII)*". Madrid.
- TOM J. FARER. (1971). "Las leyes de la guerra 25 años después de Nüremberg", en *International Conciliation* nº 583 (Mayo 1971), 42
- TORSTEIN STEIN. (1977). *Die Europäische Konvention zur Bekämpfung des Terrorismus*, en: *ZaoRV* vol. 37 (1977), 668-690.
- TRACHTMAN, J. P. (2004). "*Global Cyberterrorism, Jurisdiction, and International Organization*", Tufts University, The Fletcher School, July20.
- TUCÍDIDES. (1989). "*Historia de la Guerra del Peoloponeso*", Madrid, Alianza, Libro I, Cap.76.
- VERCHER NOGUERA, A. (1991). "*Antiterrorismo En el Ulster y en el País Vasco (legislación y medidas)*", Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A (PPU), Primera Edición, Barcelona.
- VERWEY, W. D. (1981). "*The International Hostages Convention and National Liberation Movements*", *AJIL*. Vol.75, 1981, p. 69-92
- VEUTHEY, M. (1976), « *La Guerrilla y el Derecho Humanitario* », *Revista Internacional de la Cruz .oja (RICR)*, nº 6, Junio 1976, p.283-301.
- VILARIÑO PINTOS, E. (1994). "*La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización*". *R.I.E.*, Vol.21, Nº 1, enero-abril, pp.61-84.
- VILLAN DURAN, C. (2002). "*Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*", Editorial Trotta. Madrid.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna (2014) "*El mapuche como enemigo en el Dº (Penal); consideraciones desde la biopolítica y el Derecho Penal del enemigo*", Instituto de derecho Penal europeo e internacional. Universidad de Castilla la Mancha.
- _____ (2002). "*Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a la legislación de Chile y España*", 2 Volúmenes. Tesis Doctoral, Área de Dº Público. Universidad de salamanca. España. Enero 2002. Disponible en [www.cybertesis.cl].
- VIRGA. (1979). *Diritto Costituzionale*. Nona Ediczione internamente riveduta. Giuffré editore. Varese.
- VITE, S. (2004). "*La aplicabilidad del Derecho Internacional de la ocupación militar a las Organizaciones Internacionales*", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (RICR) Vol. nº 86, nº 853, marzo, p.13
- WALKER, C. (1992). "*The Prevention of Terrorism in British Law.2. Auflage*" Manchester: Manchester University Press. P. 33.
- WARDLAW, GRANT. (1986). "*Terrorismo político; teoría, táctica y contramedidas*", Madrid. Colección Ediciones Ejército (Servicio de Publicaciones del E.M.E).

- WILKINSON, P. (1987). “*La lucha contra la hidra: el terrorismo internacional y el imperio de la ley*”, en N.O’Sullivan: Terrorismo, ideología y revolución, ed. cast.: Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1987. p. 251-272.
- YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A. (2000). “*El proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto*”, REDEM 75, Enero-Junio.

OTROS ARTÍCULOS DE REVISTAS O ANUARIOS

- Annual Report of the Standing Committee on Legal Assistance for Servicemen. (1975). 100 ANN. REP AM. BAR ASS’N 801
- Estudios de derecho judicial*. (2006). ISSN 1137-3520, Nº. 112, (Ejemplar dedicado a: Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios), pp. 417-440.)
- Juris Info defense*. (Mayo de 1999). Secrétariat Général pour l’Administration), nº 31.
- Revista de la Cruz Roja. “*Commentary to the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*”, (1958). Dir. J.S.Pictet, C.I.C.R, Geneva 1958, p.229 y 230.
- Revista de la Corte Internacional de Justicia. *Affaire du Detroit de Corfu*, arrêt du 9 de avril 1949, CIJ Recueil 1949, p.22.
- Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre “*Terrorismo y Derecho Internacional de la Guerra*” (1975) Vol.13 (1975).
- Revista de la Federación Internacional de Derechos Humanos -FIDH-. “*Genocidio en Guatemala: Ríos Montt culpable*”.
- Revista el Monitor “*El fenómeno pandillero*”, núm.11 de Noviembre. 2005. Boletín de Vigilancia Tecnológica.
- Revista del programa de Cooperación en seguridad Regional-Friedrich-Ebert-Stiftung. (FES). Perspectivas 6/2014.”*Crimen organizado y autodefensa en México: el caso de Michoacán*”.
- Sociedad de Naciones, Journal Officiel. “*Asesinato de los miembros italianos de la misión Tellini*”. 5º año, núm.4 (abril 1924), p. 524.

REVISTAS ESPECIALIZADAS EN DERECHO, GUERRA O TERRORISMO, RELACIONES INTERNACIONALES O EN SEGURIDAD

- American Journal of International Law (AJIL)*
- Anales d’Études Internationales*
- Análisis político. (Colombia)*

Anuario de Derecho Internacional Humanitario (DIH), Cruz Roja
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
Army law
British International Criminal Law (Bureau) (ICLB)
Columbia Journal of Transnational Law
Commission Nationale Universitaire et de la Recherche Scientifique (CNURS).
Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ),
Cuadernos de Estrategia del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)
European Journal of International Law (EJIL)
German Yearbook of International Law.
Ohio Northern University Law Review
Indian Journal of Law and Public Policy
International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)
International Conciliation
International Law
Journal of International Affairs
Journal of International & Comparative Law
Lecciones de relaciones Internacionales, Colección Relaciones Internacionales
Max Planck Encyclopedia of Public International Law
Military Law Review
Monatsschrift für Deutsches Recht
Poder Judicial, "X" época. (PJ)
Revue des Affaires Européennes (RCADI)
Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (RCDIH)
Reserve Journal of International Law
Revista argentina de DDHH del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y
de la Universidad Nacional de Lanus.
Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
Revista de Ciencias Sociales y Jurídicos
Revista criminalidad, Análisis y profundización. Policía Nacional.
Revista Española de Derecho Internacional (REDI)
Revista di Diritto Internazionale (RDI)
Revista Española de Derecho Militar (REDEM)
Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)
Revista de Estudios Internacionales (REI)
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
Revista francesa Condé-sur-Noireau Corlet.
Revista General de Derecho
Revista de Derecho Comunitario Europeo
Revista General de Derecho Internacional Público (RGDIP)
Revista General de Derecho Penal
Revista de Historia Militar

Revue de Droit International
Revue internationale de criminologie et de police thecnique et scientifique
Revista de Observaciones Filosóficas
Revista penal
Sistema: Revista de Ciencias Sociales
Studies in Transnational Legal Policy
Syracuse Journal of International Law and Commerce
Survival
Terrorism (EE.UU)
Terrorism: An International Journal
The American U.L.Rev.
The Georgetown Law Journal
The Yale Law Journal
Universidad Complutense. UNISCI DISCUSSION PAPERS
Yale Journal of International Law
Viento Sur
Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht (ZaoRV)

OTRAS REVISTAS, PÁGINAS ELECTRÓNICAS Y HEMEROTECA.

Revista de historia AB INITIO. Recuperado de: [www.ab-initio.es]
 Revista el Monitor. Recuperado de: [www.uned.es/dpto_pen/delincuencia-juv/.../fenomeno_pandillero.pdf]. .
 Repositorio académico de la Universidad de Chile. Recuperado de: [www.cybertesis.cl]
 Revista digital Kremlin. Recuperado de: [http://www.michaelspecter.com.my/2007/2007OI_29_Kremlin.html]
 Revista Electrónica Iberoamericana. Recuperado de: [<http://www.urjc.es/ceib>]
 Revista Electronica de Estudios Internacionales. Recuperado de: [www.reei.org]
 The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. Recuperado de: [www.icann.org/es/announcements/dnssec-qaa-09oct08-es.htm]
 Revista digital judicial de Ecuador. Recuperado de: [www.derechoecuador.com]
 Revista digital de Derecho español. Recuperado de [[noticias jurídicas.com](http://noticiasjuridicas.com)].
 Revista digitalizada del Parlamento europeo. Recuperado de [www.europarl.eu.int/summits/pdf/bru_fr.pdf]
 Página electronica de Amnistía Internacional. Recuperado de [www.amnistiainternacional.org/] [[www. crimesofwar.org](http://www.crimesofwar.org)]
 British Army Website. Recuperado de [<http://www.army.mod.uk/agc/9935.aspx>].
 Sitio web de Derecho Militar. Recuperado de [www.derechomilitar.com], Caso *Maillard* contra Francia, de 1998.

Página web *El Orden Mundial en el siglo XXI. Informe Anual 2014-2015*.

Página electrónica *International Justice Monitor*. Recuperado de [http://www.riosmontt-trial.org/2013/05/rios-montt-convicted-of-genocide-and-crimes-against-humanity-the-sentence-and-its-aftermath/]

Página electrónica Lexur Editorial. Noticia del 08 de mayo de 2009 haciéndose eco de Europa Press en torno al asunto, en elmundo.es actualizado lunes 11 de mayo de 2009, 19:43 horas, en su sección de Defensa, bajo el título "*El Juez Andreu autoriza que los piratas desembarquen donde quiera Defensa*",

Periódico ABC, 4 de enero de 2013, Sección Internacional, p.27

_____. 1 de diciembre de 2015. "*La OTAN respalda a Turquía tras el derribo del caza ruso*", *Sección de Internacional*, p.33.

Periódico El confidencial digital de 05 de febrero de 2013, a las 12:05 horas, noticia titulada "*los soldados españoles en Afganistán aplicarán técnicas de psicología forense para detectar a talibanes infiltrados en sus cuarteles*".

Periódico digital "El País". Noticia de lunes 15 de noviembre de 2010, 18:41 horas, artículo titulado "*El Juez ordena la puesta en libertad de los piratas tras el cambio de criterio del fiscal*". Recuperado de: [www.elpais.es]

_____. 3 de septiembre de 1986. "*Terrorismo y Alternativas Políticas*".

_____. 24 de febrero de 2013, p.6. "*Avanzadilla China en la ciberguerra ('hackers' asiáticos piratean tecnología y conocimiento a empresas extranjeras)*".

_____. 6 de marzo de 2013, p.20. "*El CNI informará en el Congreso sobre Corinna Zu Sayn-Wittgenstein*".

_____. 6 de marzo de 2013, p.21. "*Urdangarín contrató a un 'hacker' que trabajó para el servicio secreto*".

_____. 16 de abril de 2013, p.14. "*El CNI tendrá espías en nómina de empresas españolas y extranjeras (miembros del servicio secreto en activo podrán cobrar de compañías privadas)*".

_____. 16 de abril de 2013, p.16. "*La Fiscalía respalda a Falciani como adalid antifraude*".

_____. 9 de mayo de 2013, p.15. "*La Audiencia Nacional deniega la extradición de Falciani a Suiza*".

_____. 12 de mayo de 2013, p.20. "*El CNI expulsa al marroquí encargado por CiU de predicar el soberanismo*".

_____. 15 de mayo de 2013, p.24. "*Ziani: No soy un salafista radical*".

_____. 19 de mayo de 2013, p.20. "*El agente 007 de Marruecos*".

_____. 4 de junio de 2013, p.10. "*EEUU tomará muestras de ADN sin orden judicial*".

_____. 23 de octubre de 2013, p.5.: "*Los drones abren fuego indiscriminado*".

_____. 8 de enero de 2014, p.2. "*EE.UU envía drones para ayudar a Irak*".

_____. 26 de enero de 2014, p.7.: "*Los drones surcan los cielos del Magreb en busca de terroristas*".

- _____. 27 de febrero de 2014, a las 11:30 horas, *“PP y PSOE aceptan llevar el terrorismo a la CPI a petición de UPyD”*.
- Periódico Libertad digital Noticia de la Sección Internacional, 08 de Mayo del 2009, con el título (Caos judicial) *“La disputa entre Juez y Fiscal de la Audiencia Nacional propicia la puesta en libertad de los piratas”*.
- Agencia Efe Edición de las 23:29 del Domingo 10 de mayo de 2009, *“El Ejecutivo recurre la orden del juez contrario al traslado de los piratas”*.
- Periódico La Gaceta. 16 de Marzo del 2013, p. 18, *“Los drones de EE.UU violan la soberanía de Pakistán”*.
- _____. 17 de Marzo de 2013, reportaje de Época, pp.6 y 7, del domingo día.
- _____. 17 de marzo de 2013, p.20, *“La CIA vigila a los islamistas que combaten en Siria”*.
- _____. 18 de abril del 2013, p.32, *“Musharraf autorizó a EEUU a usar drones”*.
- _____. 22 de abril de 2013, p.16. *“El Supremo se ceba con el HSBC”*.
- _____. 25 de Mayo del 2013, pp. 17 y 18, *“Obama abandona la doctrina Bush”*
- Periódico El Mundo, 6 de diciembre de 2003, *“Operación acordeón”*.
- _____. 19 de febrero de 2012, (Crónica nº 853, reportaje del periódico), firmado por *Diego Ibarra en Islamabad*, con el título *«El « verdugo» de Ben Laden, con un pie en la horca »*.
- _____. 3 de febrero de 2013, p.17. *“Tres imputados por espiar “mails” de Antonio Asunción”*.
- _____. 3 de febrero de 2014, p.11. *“El presidente de los enfermeros espió a críticos y periodistas”*.
- _____. 15 de febrero de 2013, p.27. *“¿Quién mató al prisionero X?”*.
- _____. 28 de febrero de 2013, p.8. *“El Fiscal rechazar extraditar a Suiza a Hervé Falciani”*.
- _____. 28 de febrero de 2013, Sección España, p.9.: *“Puede pedir referencias nuestras al PSC (la agencia de detectives intentó captar al PSOE con un socio como tarjeta de visita”*.
- _____. 10 de abril del 2013, p.52, *“cañonazos láser para derribar aviones”*.
- _____. 13 de abril de 2013, p.14. *“Los detectives estarán bajo control de jueces y Policía”*.
- _____. 5 de Mayo de 2013, Sección Mundo, p.27, *“Israel ataca Siria para abortar un envío de misiles”*
- _____. 10 de mayo de 2011, p.23. *“Muerte de Bin Laden y Derecho de la Guerra”*.
- _____. 19 de mayo de 2013, p.14. *“Ziani intentaba tejer en toda España una red salafista”*.
- _____. 8 de junio de 2013, p.28. *“La Casa Blanca justifica el espionaje”*.
- _____. 3 de febrero de 2014, p.11. *“El presidente de los enfermeros espió a críticos y periodistas”*
- _____. 28 de febrero de 2014, p.7. *“El PP liquida la justicia universal en dos horas”*.

ANEXO 1. Ampliación de contenidos

En notas al pie ordenadas para cada Capítulo

CAPÍTULO I

Nota 17: Art.2 del Convenio Internacional para la represión de actos terroristas cometidos con bombas (adoptado por la AG de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1997) y de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002:

"1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de Gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a. Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b. Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1. 3. También comete delito quien: a. Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o b. Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o c. Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate."

Artículo 2 Decisión Marco 475 JAI relativa a la lucha antiterrorista. Delitos relativos a un grupo terrorista."1. A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por "grupo terrorista" toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por "organización estructurada" se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada.2. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos los actos intencionales siguientes: a) dirección de un grupo terrorista; b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista."

Artículo 2. Decisión Marco 584 JAI relativa a la orden de detención europea: "Ámbito de aplicación de la orden de detención europea.1. Se podrá dictar una orden de detención europea por aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad.2. Darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor: - pertenencia a organización delictiva,- terrorismo,(...)- secuestro de aeronaves y buques,- sabotaje.3. El Consejo podrá decidir en todo momento, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo en las condiciones previstas en el apartado 1 del artículo 39 del Tratado de la Unión Europea (TUE), añadir otras categorías de delitos a la lista incluida en el apartado 2 del presente artículo. El Consejo considerará, a la vista del informe que le presente la Comisión con arreglo al apartado 3 del artículo 34, si procede ampliar o modificar dicha lista.4. Para los delitos distintos de los mencionados en el apartado 2, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo."

Nota 64: Art.3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Conflictos no internacionales.

"En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra

causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, **se prohíben**, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.”

Nota 92: - “**Mercenarios**”, que según la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de tales, de 4 de Diciembre de 1989, aprobada por la Asamblea General de la ONU tras nueve años de negociaciones, los define como:

“A los efectos de la presente Convención: 1. Se entenderá por “mercenario” toda persona: a) Que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para combatir en un conflicto armado; b) Que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte; c) Que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; d) Que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y e) Que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no sea Parte en conflicto. 2. Se entenderá también por “mercenario” toda persona en cualquier otra situación: a) Que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para participar en un acto concertado de violencia con el propósito de: i) Derrocar a un gobierno o socavar de alguna otra manera el orden constitucional de un Estado, o de, ii) Socavar la integridad territorial de un Estado; b) Que tome parte en ese acto animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal significativo y la incite a ello la promesa o el pago de una retribución material; c) Que no sea nacional o residente del Estado contra el que se perpetre ese acto; d) Que no haya sido enviada por un Estado en misión oficial; y e) Que no sea miembro de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se perpetre el acto.”

Nota 108: - El caso de la Operación Cóndor y los vuelos de la muerte. Fue un terrorismo de Estado, puro y duro, manifestado en Argentina en que -a través del golpe de estado de una Junta Militar- se utilizaron a las Fuerzas Armadas para llevar a cabo la apropiación del Estado con el fin realizar a la vez también un exterminio planificado, de forma que hubo detenciones y asesinatos masivos que no eran ejecuciones oficiales por realizarse de forma clandestina. En primer lugar (secuestro) se les secuestraba, normalmente de noche, en sus domicilios. Eran operaciones que a menudo incluían el saqueo y robo de la vivienda. En segundo lugar (tortura) se les torturaba y sólo si lo superaban, porque muchos se “quedaban”, permanecían detenidos en dependencias policiales y unidades militares. A la mayoría de ellos les aguardaba, por último, el “traslado”, la ejecución sin dejar prueba alguna. Hubo vuelos en que los detenidos eran arrojados al río de la Plata o a los mares desnudos, atados de pies y manos gracias a que la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA) era el mayor centro de tortura y exterminio del país. “Desaparecido” fue el eufemismo con el que se denominó a las víctimas de esa dictadura. El ex dictador Videla, antes de morir en Mayo de 2013, sería condenado a prisión perpetua un año antes por organizar el Plan sistemático de desaparición incluso de bebés detenidos, así como de los asesinatos y robos de unos cuatrocientos hijos de embarazadas cautivas, es decir, de desapariciones por las que tales madres daban en silencio y protesta vueltas por la Plaza de mayo.

Puede verse al respecto el periódico El País del miércoles 6 de marzo de 2013, Sección Internacional, página 14, con el título de “Juicio al horror sudamericano”, donde se dice que la causa se inició en los noventa, cuando regían las amnistías en Argentina, pues los casos del Plan Cóndor habían quedado excluidos de ellas. En esos años fallecieron varios responsables de la operación. En otros países, como Chile y Uruguay, la justicia también ha investigado a los responsables del Cóndor, pero en este último país toda indagación sobre los crímenes de la

dictadura quedó paralizada en febrero de 2013 por una resolución de la Corte Suprema de ese país. Mientras tanto, en Brasil sólo se indaga dentro de la Comisión de la Verdad creada por la presidenta Dilma Rousseff, y en otra subcomisión legislativa sobre el mismo asunto. De momento, sólo cuatro crímenes del Cóndor han sido juzgados. Según La Gaceta de 26 de julio de 2013, p.29.: “*Un militar de Kirchner, a juicio*”, incluso sobre el jefe del Ejército en la actualidad, César Milani, pesa la sospecha de haber participado en actos ilegales de represión política en tiempos de la dictadura militar, el llamado “*proceso de reorganización nacional*”. Concretamente su nombre aparece vinculado a torturas e interrogatorios sobre presuntos miembros del Ejército Revolucionario del Pueblo, hechos que se remontan a 1976. En Argentina, desde hace años, todos los nombramientos militares y civiles han de pasar oficiosamente por el cedazo del denominado Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), que dirige el periodista Horacio Verbitsky, cuyo fin expreso es depurar la Administración. De momento, la aprobación del ascenso de Milani ha quedado suspendida hasta diciembre del 2013. En 2012, según información de El País del sábado 18 de mayo del 2013, en la sección de Internacional (la muerte de un dictador), con el artículo de Francisco Perejil: “*Jorge Rafael Videla, punto final*”, el número de condenados sumaban ya 244.

El camino, pues, que se ha seguido para el enjuiciamiento ha sido largo. En diciembre de 1986 el Congreso argentino aprobó la Ley 23.492, conocida como “Punto Final”, que dio un plazo de dos meses para denunciar a represores. En junio del año siguiente se aprobaría la Ley de Obediencia Debida, según la cual los oficiales de rango inferior y los suboficiales actuaron forzados por los mandos superiores. En Octubre de 1989 el Presidente Menem indultaría a doscientas setenta y siete personas, incluidos acusados de crímenes de lesa humanidad, significando que al año siguiente el propio Videla, así como Viola, su sucesor, se beneficiarían de otro indulto el año posterior, hasta que en realidad en Marzo de 1998 el parlamento argentino derogaría las leyes anteriores de punto final y obediencia debida, sin efecto retroactivo, si bien en Junio del año 2005 la Corte Suprema declaró inconstitucionales las citadas normas. Cabe decir que tras el indulto de 1990 referido entró en juego España y el principio de la jurisdicción universal recogido en nuestra normativa, es decir, el principio que le valió al Juez Baltasar Garzón para imputar a Videla por entender que en todo caso las leyes de amnistía, olvido o punto final no son aplicables a los crímenes de lesa humanidad, si bien es cierto que la condena de Videla podría decirse que empezó, en realidad, con Fujimori, el Presidente de Perú de origen nipón, porque tras plantearse la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final argentinas a raíz de una Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que anuló en 2001 la auto-amnistía de Alberto Fujimori en Perú, ese caso se sumó al desarrollo del Derecho Penal Internacional y la constitución de los Tribunales especiales de la Ex Yugoslavia y Ruanda, que avanzaron en los principios de que en los casos de lesa humanidad los Estados tienen obligación de castigar a los responsables.

Nota 110: -Caso de la neonazi Nschäpe. Lo peculiar del caso es que entre el año 2000 y el 2007 ni la policía ni los servicios secretos, ni tampoco la prensa, dieron con la pista neonazi. Las autoridades insistían en que se trataba de crímenes mafiosos. Eso permitió que si diversas bandas terroristas se habían ocultado en el pasado en santuarios extranjeros, selvas tropicales o cuevas remotas, por el contrario este trío neonazi vivió y mató en pleno corazón urbano, regulado y limpio de Europa, y a pesar de se sabe que en Alemania hasta se toma datos de los ciclistas que no usan luces nocturnas. Incluso los terroristas tenían tal sensación de impunidad que Beata Zschäpe se dejó incluso grabar por una cámara de la televisión pública cuando hacía gimnasia junto a un camping donde en 2011 disfrutaba de unas vacaciones con sus cómplices y tras más de diez años asesinando gente. El propio jefe de la Comisión de investigación que lleva el caso en el Bundestag ha llegado a reconocer que hasta los propios espías alemanes han entorpecido el esclarecimiento de los hechos y que, junto con el escándalo de la destrucción de expedientes sobre los neonazis del Este por algunas oficinas regionales de los servicios secretos, se está ante el peor fracaso masivo e inaudito desde la fundación de la República Federal Alemana.

Tampoco España se escapa de la existencia de bandas nazis. En Cataluña, por ejemplo, se sabe de la banda nazi de “skin heads White Rebels Barcelona” (WRB), a cuyo líder se le pidió por el fiscal catorce años de cárcel por la paliza que en el día 7 de abril del 2011 se le propinó en un Bar de Barcelona, acorralándolo y agrediendo en la cabeza con cadenas de hierro y botellas, a un ex miembro del grupo que había empezado a relacionarse con personas de ideología contraria, sobre todo aquellos sobre los que se practicaba cierta cacería y que eran inmigrantes y homosexuales. Acusado el dirigente de la organización por los delitos de asociación ilícita en calidad de dirigente y contra los derechos fundamentales y las libertades públicas, en su modalidad de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, el principal colaborador del líder era

quien administraba la web de la banda criminal. Vid. El País del martes 30 de abril del 2013, Cataluña, p.3 columna derecha: “*La Fiscalía pide hasta 14 años a una banda nazi por apalear a un desertor*”.

Nota 112: -Caso de Ríos Montt en Guatemala. Testimonios en el juicio han llegado a contar cómo los soldados jugaron al fútbol con la cabeza de una anciana, la violación de una indígena embarazada de ocho meses vestida con su colorido güipil, teniendo quince días después un parto con el hijo muerto, lo que da muestras de que según el fallo aún no firme las mujeres y los bebés fueron el centro de la mayoría de las atrocidades cometidas por el ejército. Todo esto hace que los países vecinos también “miren de reojo” una Sentencia que abre la caja de la memoria histórica en una región asolada durante décadas por guerras cocinadas con ingredientes similares. El Tribunal Constitucional de Guatemala ordenó en Mayo de 2013 repetir el juicio a partir del estado en que se encontraba el proceso el día 19 de abril, cuando la vista fue suspendida, reanudándose después sin tener en cuenta testigos propuestos por la defensa del ex dictador. El propio Tribunal que condenó a Ríos deberá poner en marcha la “máquina del tiempo” y dar trámite a la recusación planteada por su defensa contra la juez Yazmín Barrios, por “enemistad grave”, a la vez que por “amistad” con otro miembro del Tribunal, Pablo Xitumul. Aunque la Sentencia fue anulada por motivos formales de falta de garantías procesales debidas, la Corte Constitucional no ha puesto en duda las conclusiones sobre los hechos de quince operaciones de matanzas llevadas a cabo contra los mayas ixiles durante la Presidencia de Ríos Mont y en el contexto de un conflicto que asoló el país durante treinta y seis años (1960-1996, fecha esta última de la firma de los acuerdos de Paz).

Sigue pareciendo hoy el caso más atroz de “apartheid” que, aparte de Sudáfrica, pueda haberse conocido. La diferencia con el apartheid sudafricano era que la discriminación racial no estaba escrita en las leyes, de forma que un negro sudafricano era un ser más libre que un indígena guatemalteco. El asesinato era el primer recurso contra los subversivos en Guatemala, en Sudáfrica era el último. Lo mismo no se podía decir de El Salvador, país vecino donde también los militares “disparaban primero y preguntaban después”, pero donde el grado de terror, de esclavitud mental, era menor: los campesinos en la zona de guerra salvadoreña se atrevían a hablar con cierta libertad, incluso los soldados pertenecían al grupo de fuerzas especiales más represoras (los llamados Kaibiles), que siendo soldados indígenas en el proceso de entrenamiento militar los había deliberadamente desalmados. Eran víctimas por los oficiales de un método especialmente eficaz para eliminar todo vestigio de compasión en sus corazones. Ese método consistía en que cuando los reclutaban les regalaban un cachorro. Durante medio año en que los transformaban en Kaibiles el único consuelo que tenían los jóvenes reclutas eran sus fieles perros. Al final de ese tiempo los oficiales les obligaban a degollarlos con el fin de convertirlos en “máquinas de matar con cero humanidad” sin necesidad de tener que entender, a diferencia de los funcionarios (así sobre todo los de la CÍA que trabajaban en la embajada estadounidense), por qué se luchaba ni se masacraba. Vid. Caso de John Carlin, El País del domingo 12 de Mayo de 2013, p.12 (Sección Internacional), según su artículo “*El Apartheid más atroz*”.

Nota 113: -Caso Faisán. Se trataba de una operación que podía haber sido crucial para la victoria policial y del Estado de Derecho en esa lucha contra ETA. El grupo terrorista, según investigaciones periodísticas, no sólo recibió el dinero de la extorsión sino que los miembros de la red de chantaje y de extorsión pudieron evadirse antes de ser capturados llevándose consigo pruebas, listas, sellos, datos esenciales sobre la estructura, composición, procedimientos operativos y responsables del aparato financiero de ETA en esos momentos, y otros documentos, así como los nombres de víctimas y de verdugos por culpa, parece ser, y en definitiva, más que probablemente de la posible orden dada por algún responsable político. Aunque las pesquisas sobre este caso empezaron en 2006 al comisario Enrique Pamiés y el inspector José María Ballesteros la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional los ha condenado en Octubre del 2013 a un año y medio de cárcel y cuatro años de inhabilitación por un delito de “revelación de secretos”, pero el Tribunal les absuelve del delito de “colaboración con organización terrorista”.

Véase el diario El Mundo de 16 de Enero de 2013, p.14, Sección España, la información subtitulada “*La Audiencia avala los procesamientos del Faisán*” y según la cual la Sala de lo Penal de dicha Audiencia el día anterior confirmó el procesamiento del ex jefe superior de Policía del País Vasco (E. Pamiés) y del inspector jefe (José M^a Ballesteros) como presuntos autores del “soplo” a la trama de extorsión etarra. También el ABC de jueves 27 de Junio del 2013, Sección España, página 29, donde se dice que el juicio está previsto para los días 16 a 18 de septiembre del 2013. En el auto de procesamiento el juez instructor, Pablo Ruz, consideró que había “motivos bastantes”

para imputarles los delitos de colaboración con banda armada y revelación de secretos. Sin embargo, indicó que no había indicios suficientes para procesar al entonces Director General de la Policía, Víctor García Hidalgo. Si ambos policías cometieron un delito de colaboración ha generado un intenso debate en el seno del Ministerio Público, puesto que el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, cree que no y el Fiscal General del Estado, Torres Dulce, considera que sí. Por eso, en el escrito de acusación el fiscal del caso hizo constar que incluía ése delito por "orden expresa" de su superior jerárquico.

Véase el diario El Mundo del 24 de Abril de 2013, p.4, en la Sección España sobre el nuevo escenario vasco, la investigación, con la información titulada "*El recibí del chivatazo a ETA*".

Nota 114: -Caso de la mara y el latin King. Respecto a la pregunta que cualquier jurista puede hacerse sobre si a estas bandas criminales se les podría aplicar un proceso de paz de corte político hay que tener en cuenta que, en primer lugar, también es cierto que en Honduras -desde la "ley antimaras de 2002"- pertenecer a ellas y llevar un tatuaje de una de las pandillas ya es un delito de por sí, que para hablar de tal clase de proceso el acuerdo debe de ser entre al menos una de esas pandillas y el Gobierno, pero no un acuerdo entre pandillas (lo que no implica que un acuerdo pueda preceder en su caso al otro), que se trata de un diálogo con organizaciones criminales, que para la rapidez o no de los acuerdos pueden influir variables como las cercanías de unos comicios electorales, y, sobre todo, que las autoridades gubernamentales deben actuar para ello de forma pública, abierta, transparente y legítima o autorizada por el propio Estado.

En caso contrario, aunque se consiga cualquier logro de interrupción de la violencia por tales pandillas, la frustración social sería tan grande como no menos perjudicial para la sociedad del país en general si aquél se viniera abajo por la falta de un requisito jurídico necesario, es decir, porque de repente un Tribunal considerase que quienes llevasen el acuerdo no estuvieran legitimados. Por ejemplo, esto es lo que se teme que pueda ocurrir en Honduras teniendo en cuenta que en este país, ya en el año 2006, se intentó una tregua de los maras con el Estado y fracasó. Esa primera intentona de tregua finalmente fracasada tuvo lugar después de que en el Centro Penal de San Pedro Sula, al norte de Tegucigalpa, un infierno cargado de violencia donde los reclusos vivían hacinados en celdas claustrofóbicas y en condiciones de insalubridad, sufriera en el año 2004 un grave incendio que se saldó con un centenar de reos muertos. Sin embargo, aunque ya entonces esas pandillas pidieron perdón ante la sociedad hondureña, en la actualidad existe un proceso de diálogo monitorizado por la intermediación de la Iglesia (el obispo Rómulo Emiliani) y la Organización de Estados Americanos (OEA). Sin embargo, la incertidumbre sobre él no está descartada si se tiene como referencia que en El Salvador la tregua que fue difundida ya un año y dos meses antes, en Marzo del 2012, la Sala Constitucional de su Corte Suprema la ha descalificado porque declara nulos los nombramientos estatales de quienes la emprendieron habida cuenta de que su condición personal no era civil sino sólo militar, es decir, que en nombre del Estado no tenían la autoridad constitucional de éste para firmar la tregua porque por parte del Estado la llevaron a cabo dos militares, de rango General, David Munguía Payés y Francisco Salinas, el primero nombrado como Ministro de Seguridad y el segundo como director de la Policía Nacional Civil.

La retirada de ambos militares del Gobierno Salvadoreño no sólo podría poner en peligro el mismo acuerdo en ese país sino también en Honduras, lo que supondría un descorazonador fracaso de la tregua que se intenta máxime cuando, comparativamente hablando, Honduras tiene un papel más importante que El Salvador en el tráfico de drogas; tan es así que lo vuelve más susceptible a la violencia asociada al crimen organizado y que, al igual que pasó con El Salvador, es necesario asegurar que la tregua esté realmente respaldada por un política social sólida y comprometida con un fuerte acento en la creación de empleos, es decir, en una labor en la que el Gobierno no puede estar solo (ya que necesita para ello alianzas con el sector privado y otros actores de la sociedad civil). Puede verse, por ejemplo, El País del domingo 2 de junio de 2013, p.7, en la Sección de Internacional, donde la información al respecto se recoge bajo el título de "*Los mareros se cansan de la guerra*". Vid. Asimismo El Mundo del 25 de Abril del 2013, p.58, Madrid, y El País del mismo día, p.4, también de la sección Madrid. Esta banda en España ha sido descabezada en Madrid por la Guardia Civil el mes de abril del 2013 tras varios meses de investigación dimanante de "la Operación Dorado". Esta operación fue el producto de una denuncia, y pasaron de inmediato a disposición judicial (Juzgado de Instrucción nº 3 de Fuenlabrada) tras los arrestos practicados. La mayoría de ellos recayó sobre personas de nacionalidad ecuatoriana y por cargos tales como los de tráfico de drogas, pertenencia a organización criminal, delito contra el patrimonio, coacciones, amenazas, lesiones, tenencia ilícita de armas y extorsión.

Nota 115: -Sobre el caso de los caballeros templarios y los grupos de autodefensa. Los templarios se llevaban a las mujeres y no las devolvían hasta que estaban embarazadas. El hecho no deja de ser histórico. Desde que en 1911 – al comienzo de la Revolución- Emiliano Zapata y Francisco Villa avanzaran entregando tierras a los desaharrapados, por primera vez un grupo armado como el de estas autodefensas devolvió a sus propietarios las hectáreas de terreno recuperadas a tiro limpio a los Caballeros Templarios. La Presidenta de Organizaciones Michoacanas Pro Derechos Humanos, Cristina Cortés Carrillo ha advertido que estas autodefensas respecto de “los Caballeros Templarios” se están convirtiendo en una “pre insurgencia” y añadió que había enviado una solicitud formal al Alto Comisionado de Naciones Unidas en México (ONU) para informarle de la gravedad de la situación, situación cuya violencia se ha cobrado ya más de ochenta mil muertos y ha causado otros treinta mil desaparecidos en todo el país. Vid. El País de 14.01.14, Sección internacional, p.8.: “*El conflicto avanza en Michoacán*”. También para mayores detalles puede verse el dominical de El País de 10 de enero de 2014, reportaje.: “*Los justicieros de Tierra caliente*”.

Nota 121: -Caso Andreotti. Sin embargo, fallecido a primeros de mayo del 2013 fue lo suficientemente hábil como para llevarse a la tumba tal vez demasiados secretos, siendo el más morbosos de todas sus explicaciones sobre el secuestro y posterior asesinato de Aldo Moro. Fue Andreotti -como jefe de Gobierno y recientemente elegido como primer ministro- quien se negó a negociar con los terroristas, cosa que la familia Moro nunca le perdonó, si bien este hecho de anteponer firmemente “la razón de Estado” a la salvación de Aldo Moro, acabaría a la larga por desembocar en la desaparición del grupo asesino de las Brigadas Rojas. En suma, en los llamados años de plomo fue el hombre clave. Después de que en 1987, y coincidiendo con los procesos de corrupción de Tangentópolis, tuviera lugar un macro proceso por el que se condenara a trescientos sesenta mafiosos, “*la Cosa Nostra*” echó un pulso al Estado para obligarle a negociar con ellos. Comenzaron asesinando al europarlamentario Salvo Lima, y siguieron con otros muchos atentados.

Nota 122: -Sobre “el juicio del siglo de la Casa Nostra”. La Cosa Nostra no es un asunto del pasado. El último jefe de jefes, Salvatore Totò Riina, fue detenido en 1993 y condenado a 13 cadenas perpetuas por el asesinato de 150 personas –a 40 de ellas personalmente-, ha amenazado de muerte a Nino Di Matteo, uno de los fiscales de Palermo que investiga el supuesto pacto entre el Estado y la Mafia para acabar con la matanza de los años noventa. El Fiscal Franco Roberti, fiscal jefe de la Dirección Nacional Antimafia, ha llegado a advertir (El País de 15 de diciembre de 2003, Sección Internacional, p.9, con la noticia titulada “*Existe un gran riesgo de que Casa Nostra vuelva a los atentados*”) que las cuatro mafias italianas –entre las más peligrosas de las 3.700 que según Europol actúan en Europa- se están haciendo más fuertes gracias a la crisis económica. Según él “cuando la mafia no dispara, hace negocios, no es que no exista”, y este es el momento, por ejemplo, en el que la Costra Nostra siciliana, después de un período de gran dificultad, está intentado levantar un poco la cabeza y retomar el fenómeno de la extorsión y de las amenazas. Según él, *la 'Ndrangheta calabresa* es sin duda en estos momentos la más peligrosa del mundo por su capacidad de traficar con drogas a nivel mundial y también de infiltrarse profundamente en el tejido económico, social y político no sólo de Calabria. Luego está *la Camorra napolitana*, que también tiene capacidad expansiva extra regional, si bien todos los capos de la Camorra menos uno, aunque más que un capo es el hijo de un capo, están ahora mismo detenidos y bajo el régimen expresamente previsto para los jefes mafiosos de cárcel dura e incomunicada del art.41 bis del Código Penal italiano. Por cuanto se refiere a la criminalidad de la Apulia –*la Sacra Corona Unita*- ha sido golpeada con fuerza, también desde la fiscalía de Roma. La crisis económica y la consiguiente dificultad de acceder al crédito bancario por parte de los empresarios ofrece una oportunidad a las organizaciones mafiosas de blanquear los capitales mafiosos, lo que es de una gravedad extrema en el sentido de que el mafioso financia al empresario con capital ilícito y mete en empresas sanas el capital mafioso. Es un peligro porque además las mafias se aprovechan del desempleo, sobre todo reclutando desesperados sin trabajo para sus propias filas. Las mafias siempre se aprovechan de la desigualdad para hacer negocios más potentes, sin escrúpulos, y para reclutar desesperados. Otro riesgo es el del abandono escolar por cuanto que los chavales sin escolarizar se exponen a ser reclutados por las organizaciones criminales.

Por último, en cuanto al perfil del mafioso, si se busca su figura tradicional, aquel con la Coppola storta (boina torcida), el paleta, ignorante, analfabeto y sanguinario, se encuentra muy raramente, o quizá ya no se le encuentra, también porque los viejos capos están muertos. Ahora

el mafioso es sustancialmente un ejecutivo que difícilmente se reconoce a primera vista como mafioso. Se trata de verdaderos mafiosos, pero mimetizados, porque una de las prerrogativas de la mafia es la de confundirse con la sociedad civil. Se les encuentra en las profesiones, en política, en las instituciones. Así que es difícil reconocerlos, se les reconoce a través de investigaciones más profundas. Por tanto, la armonización de las leyes es el arma más eficaz contra las mafias así como una cooperación eficaz de policía y de órganos jurídicos. Hay que prever la incriminación de testaferros, como se hace en Italia desde hace 20 años, y después prever la confiscación de los capitales a los mafiosos que no consigan demostrar su procedencia.

Nota 127: -Sobre la ley antiterrorista chilena por el caso de los mapuches. A partir del año 2000, año en que asume la presidencia Ricardo Lagos (Partido Socialista), de un momento a otro, los ilícitos cometidos por mapuche en el contexto del conflicto pasaron a ser considerados "terroristas", aplicándoseles la ley 18.314 sobre conductas terroristas, ley que protege no sólo a los bienes jurídicos más importantes sino incluso a la propiedad, lo que conlleva un punitivismo exarcebado, un adelantamiento de la punibilidad a través de actos preparatorios y un exceso en el uso de la fuerza por carabineros durante los procedimientos que van desde la destrucción de enseres domésticos y comida, hasta golpes a los comuneros, malos trato de obra a mujeres y niños, o insultos racistas. Con el Gobierno de Michelle Bachelet se intentaron reformas de esa ley que no tuvieron éxito e incluso la ley de conductas terroristas no murió del todo pues subsistió para procesos iniciados. Para muchos activistas de los derechos humanos existe la idea de que, en la actualidad, el delito de abigeato se yergue como poderoso instrumento para responsabilizar a mapuches en medio de la protesta social, sobre todo cuando es flagrante, argumento usado frecuentemente por la policía para realizar registros o allanamientos sin orden judicial (art.129 del Código Penal procesal). Como dice **VILLEGAS DÍAZ, Myrna** ("*El mapuche como enemigo en el Dº (Penal); consideraciones desde la biopolítica y el Derecho Penal del enemigo*", Instituto de derecho Penal europeo e internacional. Universidad de Castilla la Mancha, p.19 cuasi in fine) los Tribunales militares "*se encargan de conocer todo cuanto sucede en los allanamientos, puesto que la justicia ordinaria suele declararse incompetente para conocer de hechos delictivos emanados del uso excesivo de la fuerza policial*". Normalmente resultan absueltos y las causas sobreesidas.

Nota 143: -Sobre el caso de la emboscada de los agentes del CNI en la guerra de Iraq. Puede verse al respecto el reportaje del dominical de El País del domingo 01 de diciembre de 2013.: "*El día más negro del CNI*", sobre la emboscada mortal en Latifiya, y que narra cómo a las 14.30 del 29 de noviembre de 2003, dos vehículos todoterreno inician un viaje de regreso desde la capital iraquí a Dinawiya, base principal de la Brigada Plus Ultra, a 180 Km. Al Sur. Al volante del Nissan Patrol blanco va Alberto Martínez, responsable del servicio español de inteligencia en Iraq. A su lado José Merino. En el asiento de atrás, José Lucas e Ignacio Zanón. Todos son agentes del CNI, al igual que los ocupantes de un segundo vehículo más atrasado en la marcha, un Chevrolet Tahoe azul donde iban Alfonso Vega, Carlos Baró, José Carlos Rodríguez y José Manuel Sánchez. (...) A las 15.20, unos 30 Km. Al Sur de Bagdad, un coche tipo sedán blanco (probablemente un Cadillac) se acerca a gran velocidad por la retaguardia y empieza a disparar. El Chevrolet acelera y adelanta al vehículo de sus compañeros, para avisarles del ataque. El sedán le sigue y, al rebasar al Nissan, abre fuego con dos Kaláshnikov que asoman por sus ventanillas. Los disparos matan a Alberto e hieren a Lucas. El sedán se lanza a la caza del Chevrolet. La lluvia de balas alcanza a Vega, que pierde el control del vehículo, y a Rodríguez, sentado detrás. El coche se sale de la carretera y queda varado en un barrizal. En el Nissan Merino sustituye a Alberto al volante, y avanza lentamente con las ruedas reventadas hasta el terraplén por donde han caído sus compañeros. Al verlo acercarse, el sedán se da a la fuga. Son las 15.30 y por unos minutos parece que todo ha terminado. Hay dos muertos y dos heridos graves. Baró, que asume el mando, llama con su Thuraya a la base de Diwaniya para pedir helicópteros de evacuación, pero no logra comunicar. Habla por fin con el oficial de enlace del CNI en Madrid, pero la comunicación se corta antes de que pueda facilitar las coordenadas. Llama de nuevo y esta vez son los disparos de fusilería procedentes de unas casas cercanas los que interrumpen la conversación. Baró, Merino y Zanón se echan a tierra y responden con sus pistolas y sus pistolas ametralladoras Steyr, que nada pueden frente a los AK-47 y los lanzagranadas RPG de sus atacantes. Baró ordena a Sánchez que vaya a buscar ayuda. Al alejarse oye cómo Merino se queja de un balazo en un brazo. En la carretera se ha congregado una multitud que jalea a los atacantes. Están en Latifiya, en el llamado triángulo de la muerte, feudo de la insurgencia. Sánchez intenta detener un vehículo para huir, pero su arma se le encasquilla, y la muchedumbre le rodea. Alguien le saca el cinturón e intenta atarle las manos. Otro le empuja para introducirlo en un maletero. En medio de la pesadilla

se produce una escena aún más irreal: un hombre con aspecto de religioso se acerca a él y le besa en la mejilla. La agresividad de quienes le rodean desaparece. Sánchez toma un taxi y se dirige a la comisaría de policía. Cuando regresa con los agentes, los dos vehículos están en llamas y todos sus compañeros muertos. Un equipo de Sky News que pasa por la zona rueda imágenes espeluznantes de la turba ensañándose con los cadáveres de los españoles. Defensa ruega a las cadenas de televisión que no las emitan. El tiroteo ha durado media hora. Los agentes han ido cayendo de uno en uno, agotados sus cargadores. (...).

Nota 160: -Sobre la situación del partido comunista en China. Desde la llegada de Xi Jinping a la Secretaría General del Partido Comunista chino en noviembre del 2002 se desencadenó una intensa batalla contra la corrupción que ha producido en los últimos tiempos una catarata de detenciones y condenas que, respecto a altos cargos, y entre otros, ha alcanzado por ejemplo incluso a Bo Xilai –ex secretario del partido en Chongqing y ex miembro del Politburó condenado a cadena perpetua en septiembre de 2013 por aceptar sobornos millonarios, malversar otros tantos y abusar de su poder en relación con el asesinato por su esposa de un negociante británico amigo de la familia- o a Zhou Yongkang –máximo responsable de la seguridad interna en China que está también siendo investigado por corrupción-. Ese plan de anticorrupción parece tener más fuerza que otros del pasado, y aunque hubiera la sospecha de que no es más que el envoltorio de una purga política, sin embargo su credibilidad está seriamente puesta en duda en los últimos tiempos a raíz de que el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, utilizando distintos medios por los que se ha hecho eco (The Guardian, BBC, Le Monde y el País –véase el de 22, 23 Y 27 de Enero del 2014, primeras páginas y portada de la Sección de Internacional, con los titulares “*La cara oculta del régimen chino*”, “*China se escuda en la censura ante el escándalo de los paraísos fiscales*” Y “*la nobleza china se pone a salvo*”-) la filtración de cierta documentación, ha revelado que al menos 13 parientes próximos a máximos dirigentes del régimen, así como 15 grandes empresarios y grandes compañías estatales, han mantenido gran actividad en refugios fiscales. Esto corroboraría una de las debilidades sistemáticas chinas: que las tres décadas transcurridas desde que Deng Xiaoping abandonó la economía central planificada y saltó al capitalismo bajo el gobierno único del Partido Comunista chino han enriquecido de forma desmesurada a un sector privilegiado de la población, gracias a su cercanía al poder.

Nota 166: -Sobre el caso de los vuelos de la CIA. Llevado por el Juzgado Central nº 2, el juez Ismael Moreno investiga el tránsito por España de aviones con presos rumbo a Guantánamo. Washington no ha contestado a la petición para que revele la verdadera identidad de trece agentes de la CIA que hicieron escala en Palma de Mallorca con un avión en el que llevaban secuestrado al ciudadano “alemán” Jaled El Masri. Según El País de 3 de noviembre de 2013, Sección Internacional, p.4.: “*las Operaciones inconfesables de la CIA en España*” el caso está a punto de archivarse si se tiene en cuenta que el fiscal de la Audiencia Nacional Vicente González Mota solicitó el archivo provisional de la causa al no acreditarse la identidad de los agentes secretos. Reclama al mismo tiempo que se ordene a las fuerzas de seguridad que den cuenta al Juzgado de la información que llegue a su conocimiento de las personas que utilizaron los pasaportes falsos y acuerde su puesta a disposición de la justicia en el caso de ser encontrados. Según esa información, aludiendo sin nombre y apellidos a mandos de la lucha antiterrorista y el narcotráfico en España, entre los que hay policías y jueces, España es una base de operaciones sucias de la CIA hasta ahora sin consecuencias para los espías que operan aquí en secreto, cometiendo delitos y burlando la ley. Según sus fuentes consultadas agentes de la CIA o la NSA se mueven por todo el territorio con documentación falsa y sin informar al Gobierno desde que, tras los atentados del 11-S, se iniciase la guerra sucia contra el terrorismo islamista ordenado por la Administración de George W. Bush. Alrededor de una docena residen en España con pasaporte diplomático, aunque la mayoría utiliza sus bases aquí para operaciones de tránsito, de forma que con Obama todo sigue igual, no tienen fronteras y no hay aliados ni amigos que valgan. Son casos que se tapan para que lleguen a Juzgado, según ellos. Pero el CNI, aunque tiene constancia por los medios periodísticos españoles de que según ellos las escalas de varios vuelos civiles de la CIA en diferentes aeropuertos españoles coincidieron con el secuestro en Europa de personas inocentes sospechosas de militar en Al Qaeda, asegura desconocer que estos vuelos civiles los operase la CIA.

El artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo

en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y (...)" ampara la figura del agente encubierto y establece sus obligaciones y límites. Los jueces tienen que dar su consentimiento y el magistrado de la Audiencia Nacional Javier Gómez Bermúdez manifiesta en el rotativo antes citado que "en general actúan con autorización, aunque estiran el chicle. Les ponemos un policía o un guardia civil para que controle sus actividades, para que fiscalice y evite que haga nada ilegal. Les explican cómo y hasta dónde pueden actuar aquí", mientras que el Juez Guillermo Ruiz Polanco se queja de que "la gente del DEA nos ha dejado "con el culo al aire" en varias ocasiones y encima nos tratan con cierta displicencia".

La guerra sucia se libra en el terreno, pero también en las ondas. Y España ocupa un lugar de extraordinario interés para los EE.UU como puerta de entrada a Europa desde África y por la creciente presencia de Al Qaeda en ese continente. Desde los noventa y bajo el paraguas de Echelon (Sistema de Inteligencia de Señales SIGINT) se interceptan millones de llamadas a través de una red de satélites conectados con bases terrestres, ordenadores en red y cables submarinos. La NSA es el principal contribuyente de la red y según una fuente de la inteligencia española que, lógicamente, no cita, las estaciones de escucha están en la Embajada de EE.UU en la Calle Serrano en Madrid, en el Consulado de Barcelona y en barcos civiles con bandera USA atracados en varios puertos españoles.

Nota 192: -Sobre los **principios** del Derecho de Gentes son los siguientes:

III.1. Responsabilidad de los Estados por los actos terroristas.

III.1.1. Los Estados están obligados, en virtud del Derecho Internacional, a abstenerse de organizar, instigar, ayudar o tomar parte en actos terroristas en otros Estados.

III.1.2. Los Estados están obligados, en virtud del Derecho Internacional, a no consentir en su territorio actividades orientadas a la realización de actos terroristas en otros Estados.

III.2. Cooperación de los Estados en orden a la prevención de actos terroristas.

III.2.1. Los Estados están obligados a facilitar toda la información disponible en orden a la prevención de actos terroristas que afecten a vidas humanas de forma indiscriminada.

III.2.2 Los Estados están obligados a cooperar entre sí para poner fin a las acciones terroristas en curso, y a eliminar toda amenaza inminente contra la vida de los rehenes o de cualquier otra persona amenazada por actos de violencia indiscriminada.

III.2.3. El Estado en cuyo territorio se desarrolle un acto terrorista tiene la obligación de considerar la eventual intervención del Estado de los rehenes o las personas que se encuentren inminentemente amenazadas sean nacionales, a fin de eliminar dicha amenaza, siempre que la posible intervención no ponga en peligro la seguridad del Estado en cuyo territorio tiene lugar la acción terrorista.

III.3. Contramedidas.

III.3.1. Los Estados deben abstenerse de recurrir a la fuerza para proteger a aquellos de sus nacionales cuyas vidas se encuentren inminentemente amenazadas por parte de terroristas de otro Estado, salvo que este Estado incumpla su obligación de cooperar en orden a la supresión de la amenaza en cuestión.

III.3.2. Los Estados deben abstenerse de recurrir a la fuerza en territorio extranjero para defenderse de amenazas terroristas contra su territorio, salvo que se trate de un peligro inminente y el Estado en cuyo territorio tenga lugar el uso de la fuerza haya tolerado o permitido la preparación de acciones terroristas.

III.3.3 El uso de la fuerza en un territorio extranjero con el objeto de poner fin a una amenaza terrorista deberá quedar estrictamente limitado por las exigencias de la situación.

III.4. Reacciones de la comunidad internacional.

III.4.1. Las actividades terroristas que supongan una amenaza para los sistemas internacionales de comunicación, tales como el tráfico aéreo y marítimo y las relaciones diplomáticas, afectan a la comunidad internacional en su conjunto.

III.4.2. Las acciones terroristas que pongan en peligro el medio ambiente terrestre, los bienes comunes tales como alta mar u otros valores de similar naturaleza, afectan a la comunidad internacional en su conjunto.

III.4.3. Los Estados están obligados a cooperar con los órganos competentes de las Naciones Unidas para la prevención y represión de las acciones terroristas que afecten a la Comunidad Internacional en su conjunto.

III.4.4 Los Estados tienen derecho a adoptar medidas de represalia que no impliquen el uso de la fuerza o la amenaza de fuerza contra cualquier Estado que no coopere en la prevención y represión de actividades terroristas que afecten a la comunidad internacional en su conjunto.

III.5. Cooperación de los Estados en orden a la represión de acciones terroristas.

III.5.1. Los Estados tienen la obligación de perseguir judicialmente a los autores de acciones terroristas por los actos cometidos en su territorio contra nacionales o intereses extranjeros.

III.5.2. Los Estados deberían aceptar el principio *aut dedere aut persequi* como la regla general aplicable a los casos en que una persona sospechosa de haber cometido acciones terroristas contra Estados extranjeros o personas extranjeras fuera encontrada en su territorio.

III.5.3. Los Estados no deberían considerar delitos políticos, a efectos de la extradición, aquellos crímenes de carácter atroz que afecten de forma indiscriminada a la vida o integridad personal.

III.5.4. Las personas sospechosas de haber cometido acciones terroristas deben ser tratadas siempre con el debido respeto de sus derechos fundamentales. La tortura no está justificada en ningún caso. Debe garantizarse una defensa efectiva durante la investigación de los hechos y durante el proceso de las personas a las que se impute una acción terrorista.

Nota 199: -Art.13 del II Protocolo a los Convenios de Ginebra: "*Protección de la población civil.*

1. *La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.* 2. *No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.* 3. *Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.*" Con respecto a esta prohibición, **GONZÁLEZ PÉREZ, M.** (2006) "*Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario*", en Cuadernos de Estrategia, MINISDEF, Instituto de Estudios Estratégicos, 133, Cap. III, p.95, señala con **HANS-PETER GASSER** ("*Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario*", Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 76, julio-agosto 1986, pp. 208-221...", cit., p. 217.). Que "*se trata de una obligación que alcanza por igual a las fuerzas leales al gobierno y a los grupos disidentes alzados en armas, a lo que habría que añadir que debería extenderse también a aquellas situaciones en las que facciones no gubernamentales enfrentadas entre sí (por ejemplo, en luchas tribales surgidas en Estados desestructurados) recurren a la violencia bélica.*"

Nota 204: -Comentario de **ASTON, C.** (1982) "*The United Nations Convention Against the Taking of Hostages: Realistic or Rhetoric?*", *Terrorism: An International Journal*, Vol.5, 1981-82, sobre el art.12 del Convenio sobre la toma de rehenes. Según este autor pudiera darse un caso de laguna legal como el citado al contrastar el art.12 de la Convención con el art.75.2 del Protocolo Adicional I de 1977, donde se prohíbe la toma de rehenes en los conflictos armados internacionales, incluidas las luchas para la liberación nacional, pero sin aludir a las que tengan lugar en conflictos internos, que están expresamente castigados en el art.4 del Protocolo II Adicional, pero también sin establecer en ambos casos una competencia de enjuiciamiento universal a falta de la extradición concedida por el Estado refugio.

Sin embargo, **SOFAER, A.D.** (1986) *Terrorism and the Law*, F.A., Summer, pp.901-922 y 916 y 917- previene (a los que puedan pensar como los citados autores) de entender, sin embargo, que el contenido del art.12 precitado tenga ninguna laguna legal, cosa que también niega **ABAD CASTELOS** - Ob. Cit., nota 73 in fine de la p.267. Allí nos aconseja ver un juicio correcto del significado y efectos del art.12 de la Convención en **RAMÓN CHORNET, C.**, *Terrorismo y Respuesta de Fuerza en el Marco del D.I.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pp.197-199 y en **DE SOLA DOMINGO, M.** (1983) "*La Convención Internacional contra la toma de rehenes*", REDI, Vol. XXXV, N° 1, pp.85-96 y 89-91, de tal suerte que en caso contrario pudiera afirmarse que ello supondría una significativa victoria política para todos los Estados (los no alineados) que durante los trabajos preparatorios de la Convención contra la toma de rehenes pretendieron y se esforzaron por su introducción. Desde entonces tales autores podrían ahora argumentar que la estructura y el lenguaje del art.12 representa en cierta medida la aceptación de que los miembros de los Movimientos de Liberación Nacional son combatientes y no terroristas en su caso, pudiéndoseles aplicar también los estatutos bélicos correspondientes -como el de prisionero de guerra en su caso, o el de calificarse su tropelía como crimen de guerra-, debido a que los actos de toma de rehenes cometidos por ellos pueden estar cubiertos por el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados y, por tanto, excluidos del ámbito de aplicación de la Convención contra la toma de rehenes. Pero esto no es así porque (y a no ser que la aplicación del III Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra, sólo aplicables a conflictos internacionales, haya sido concertada por las Partes contendientes en un conflicto interno a través de los acuerdos especiales previstos en el art.3 común a los cuatro Convenios) siempre que haya un elemento de

internacionalidad del delito de toma de rehenes en todo caso la Convención de 1979 deberá aplicarse, en tales situaciones, incluso para cubrir, conforme a la obligación alternativa de extraditar o someter el caso a efectos de enjuiciamiento, los delitos de toma de rehenes que tengan como víctimas a personas no protegidas por aquellas disposiciones y que, por tanto, no estén prohibidos por ellas; esto es, hasta para los supuestos de toma de rehenes dirigidos contra los miembros de las Fuerzas Armadas que participen activamente en las hostilidades de un conflicto interno, los cuales, por aplicación de ese III Convenio de Ginebra no disfrutan del estatus de prisioneros de guerra cuando son capturados en este tipo de conflictos. Tales secuestradores, en fin, deberán ser extraditados o debidamente juzgados.

Otra cosa es que en un conflicto interno no haya ningún elemento de internacionalidad en el delito de toma de rehén que se haya cometido, pues en este caso la Convención de 1979 contra la toma de rehenes no es aplicable de por sí, y, de hecho, sí ha habido supuestos de tal tipo en algún Estado asolado por un conflicto armado interno, como el caso de El Salvador o el de los chechenos. Siguiendo el juicio doctrinal formado por **ABAD CASTELOS** actos de tomas de rehenes como éstos quedan, pues, a merced de la aplicación de las normas penales internas (Ob.cit.p.270. Sin embargo, presume que, aun produciéndose la no implicación de algún factor extranjero en la comisión del delito de toma de rehenes en situación de conflicto armado interno, no será infrecuente tampoco la invocación de la norma internacional aplicable si los Estados afectados son partes en la Convención de 1979. También contempla que, en caso de posterior huida del presunto autor al territorio de otro Estado, la situación no tendría por qué verse tampoco facilitada; el Estado de refugio puede oponer la excepción de delito político, que operará como un obstáculo insalvable, porque tema que se le recrimine una injerencia en los asuntos internos del Estado en conflicto. Esta coyuntura es fácil de darse en conflictos internos porque generalmente los Estados se niegan a reconocer la existencia de un conflicto armado en su territorio y, por ende, tampoco, el estatuto de combatiente a los miembros de las fuerzas armadas disidentes. En cualquier caso, podría concluirse que, en este tipo de circunstancias, y cuando el único elemento extranjero presente está constituido por la nacionalidad de los rehenes, el Estado de su nacionalidad suele apresurarse a realizar gestiones de tipo político-humanitario para asegurar el feliz desenlace de la situación de captura sin que, posteriormente, se proceda a intentar cualquier tipo de actuación tendente a asegurar que los presuntos culpables sean enjuiciados. Salvando las distancias, porque el caso es de tiempo de paz, nosotros pensamos que podría ponerse como ejemplo el caso del miembro de las juventudes del Partido Popular, Ángel Carronero, que en 2012 fue encarcelado por el Gobierno cubano a raíz de un accidente de tráfico con resultado de muertes.

Nota 223: -Sobre el art.4 de la III Convención de Ginebra (**prisioneros de guerra**). “A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra; 3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora; 4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto; 5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional; 6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra. B. Se beneficiarán también del trato reservado en el presente Convenio a los prisioneros de guerra: 1) las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las

fuerzas armadas del país ocupado, si, por razón de esta pertenencia, la Potencia ocupante, aunque inicialmente las haya liberado mientras proseguían las hostilidades fuera del territorio que ocupa, considera necesario internarlas, especialmente tras una tentativa fracasada de estas personas para incorporarse a las fuerzas armadas a las que pertenezcan y que estén combatiendo, o cuando hagan caso omiso de una intimidación que les haga por lo que atañe a su internamiento;2) las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el presente artículo que hayan sido recibidas en su territorio por Potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes éstas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional, sin perjuicio de un trato más favorable que dichas Potencias juzguen oportuno concederles, exceptuando las disposiciones de los artículos 8, 10, 15, 30, párrafo quinto, 58 a 67 incluidos, 92 y 126, así como las disposiciones relativas a la Potencia protectora, cuando entre las Partes en conflicto y la Potencia neutral o no beligerante interesada haya relaciones diplomáticas. Cuando haya tales relaciones, las Partes en conflicto de las que dependan esas personas estarán autorizadas a ejercer, con respecto a ellas, las funciones que en el presente Convenio se asignan a las Potencias protectoras, sin perjuicio de las que dichas Partes ejerzan normalmente de conformidad con los usos y los tratados diplomáticos y consulares. C. El presente artículo no afecta al estatuto del personal sanitario y religioso, como se estipula en el artículo 33 del presente Convenio.”

Nota 224: -Art.44.3 del I Protocolo. “Con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, **los combatientes** están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente; a) durante todo enfrentamiento militar; y b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar. No se considerarán como actos péfidos, en el sentido del apartado c) del párrafo 1 del artículo 37, los actos en que concurren las condiciones enunciadas en el presente párrafo”.

Nota 252: - En cuanto a la Historia de la Military Commissions Act de 2006 (Public Law 109-366) es la siguiente:

En Afganistán, los militares del bando estadounidense capturaron a miles de individuos, principalmente a causa de un sistema de recompensas que ofrecía 5.000 dólares por talibán y 20.000 dólares por cada miembro de Al Qaeda, de los cuales, cerca de un 86 % fueron trasladados a Guantánamo. El 13 de noviembre de 2001, el Presidente Bush firmó la Military Order mediante la cual instauraba un sistema judicial militar especial, compuesto por Comisiones Militares, para juzgar a aquellos detenidos. La Corte Suprema de los EE.UU, en su Sentencia en el caso Hamdan v. Rumsdelf (05-184) 548 US (2006) invalidó tal decisión del Presidente y declaró que dichas Comisiones no podían proceder sin autorización específica del Congreso. Así, sólo unos meses después el Congreso promulgó la Military Comissions Act.

Esta ley prevé la creación de comisiones militares para juzgar a los “combatientes enemigos ilegales” (“unlawful enemy combatants”) extranjeros (“aliens”), esto es, que no sean ciudadanos estadounidenses, “redefine” las categorías de combatiente enemigo ilegal y combatiente enemigo legal e incluye en la primera categoría a los miembros de los grupos talibanes, Al Qaeda o a sus fuerzas asociadas, que hayan emprendido hostilidades contra los EE.UU o sus aliados, y a cualquiera que las haya apoyado (párrafo 948a[2]). Según indica el 948^a [2], el término “combatiente enemigo legal” sólo hace referencia a los miembros, bien de una Fuerza regular de un Estado que participe en hostilidades contra los EE.UU, bien de una milicia, cuerpo de voluntarios o movimiento de resistencia organizado que pertenezca a un Estado parte que intervenga en tales hostilidades, el cual esté bajo un mando responsable. Es decir, son ilegales los miembros de Al Qaeda porque con base en las leyes de la guerra no forman parte de una Fuerza Armada de una Nación, sino que pertenecen a una Organización, y los talibanes porque, del mismo modo, ni llevan una insignia militar que los distinga de los civiles, como, por ejemplo, uniformes, y porque además han ayudado a Al Qaeda.

Nota 258: -Art.51 de la Carta de Naciones Unidas: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de **legítima defensa**, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas

inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales."

Nota 264: - Resolución 1368 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001: "..., *Reconociendo el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 1. Condena inequívocamente en los términos más enérgicos los horribles ataques terroristas que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001...*, y considera que esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales; 3. Insta a todos los Estados a que colaboren con urgencia...; 4. Exhorta a la comunidad internacional a que redoble sus esfuerzos por prevenir y reprimir los actos de terrorismo, 5. Expresa que está dispuesto a tomar todas las medidas que sean necesarias para responder a los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 y para combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas;..."

Nota 265: - Resolución 1373 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001: "... *Reafirmando además que esos actos, al igual que todo acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, Reafirmando el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva reconocido en la Carta de las Naciones Unidas y confirmado en la resolución 1368 (2001), Reafirmando la necesidad de luchar por todos los medios, de conformidad con la Carta, contra las amenazas a la paz y la seguridad internacionales que representan los actos de terrorismo, ...y confirmado por el Consejo de Seguridad en su resolución 1189 (1998), de 13 de agosto de 1998, de que todos los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos, así como de permitir actividades organizadas en su territorio a fin de cometer dichos actos, Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, 1. Decide que todos los Estados: a) Prevengan y repriman la financiación de todo acto de terrorismo; 2. Decide también que todos los Estados: a) Se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, en particular reprimiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y poniendo fin al abastecimiento de armas a los terroristas; b) Adopten las medidas necesarias para prevenir la comisión de actos de terrorismo, en particular advirtiendo de ello cuanto antes a otros Estados mediante el intercambio de información; ...3. Exhorta a todos los Estados a: ...c) Cooperar, en particular mediante acuerdos y convenciones bilaterales y multilaterales, para prevenir y reprimir los ataques terroristas, y adoptar medidas contra quienes cometan actos de esa índole;..."*

Nota 296: - Art.4 de la Convención contra la toma de rehenes. "Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, en particular: a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de ellos, en particular medidas para prohibir en los mismos las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes; b) intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según proceda, para impedir que se cometan esos delitos."

Nota 297: - Art.4 de la Convención de Nueva York de 1973 de delitos contra personas protegidas. "Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2, en particular, a) Adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de su territorio. b) Intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según convenga, para impedir que se cometan esos delitos."

Nota 298: - Art.13 de la Convención de Roma de derechos humanos: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales."

Nota 299: -Art.10 de la Convención de Montreal de apoderamiento ilícito de aeronaves. “1. Los Estados contratantes se prestarán la mayor ayuda posible por lo que respecto a todo proceso penal relativo al delito y a los demás actos mencionados en el art. 4. En todos los casos, la ley aplicable para la ejecución de una petición de ayuda será la del Estado requerido. 2. Sin embargo, lo dispuesto en el párrafo precedente no afectará a las obligaciones derivadas de cualquier tratado bilateral o multilateral que regule, en todo o en parte, lo relativo a la ayuda mutua en materia penal.”

Nota 316: -Sobre el **Código Pernal Común y su última reforma**.

Las últimas novedades producto de la reforma del Código Penal formalizada por la **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo**, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a efectos de nuestro estudio y, en síntesis, son las siguientes:

1) Introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad: La reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, que son ahora definidos en el artículo 140 del Código Penal: (...)asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie. El Consejo de Estado ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada –pero revisables–, al informar con relación a la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que está prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente.

2) Revisa los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto.

3) Se acomete una revisión técnica de la regulación del decomiso: El decomiso ampliado ya fue introducido en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 5/2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales, y ahora se extiende a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos (...). El decomiso ampliado permitirá a los jueces y tribunales, en los supuestos de condenas por delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos, como ocurre con el tráfico de drogas, terrorismo o blanqueo de capitales, ordenar el decomiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas, siempre que existan indicios objetivos fundados de la procedencia ilícita de los efectos decomisados. La regulación contempla así una figura que se encuentra ya recogida por el Derecho comparado.

4) Refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública y se introducen nuevas figuras delictivas relacionadas con la financiación ilegal de partidos políticos.

5) ADN: Con la finalidad de incorporar las previsiones del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado por España el 22 de julio de 2010 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe incorporarse la regulación de la inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN. La Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, dispone que se inscribirán en la base de datos policial los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado. Por ello, actualmente solo son inscritos en España los perfiles genéticos de los sospechosos, detenidos o imputados por determinados delitos.

6) Nueva definición de atentado y su agravación incluso a nuevos sujetos protegidos: Se introduce una nueva definición del atentado que incluye todos los supuestos de acometimiento, agresión, empleo de violencia o amenazas graves de violencia sobre el agente, pero en la que no se equipara el empleo de violencia sobre el agente con la acción de resistencia meramente pasiva, que continúa sancionándose con la pena correspondiente a los supuestos de desobediencia grave. Los supuestos de desobediencia leve dejan de estar sancionados penalmente y serán corregidos administrativamente. Como novedad, se refleja de manera explícita que en todo caso se considerarán actos de atentado los que se cometan contra funcionarios de sanidad y educación en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, dando visibilidad a lo que, por otra parte, ya venía recogiendo la jurisprudencia mayoritaria. Se ofrece una respuesta contundente a todos aquellos supuestos de atentado en los que concurren circunstancias de las que deriva su especial reprochabilidad: utilización de armas u objetos peligrosos; lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables o corrosivos; acometimiento con un vehículo de motor, o cuando los hechos

se lleven a cabo con ocasión de un motín, plante o incidente colectivo en el interior de un centro penitenciario. Se incluyen como sujetos protegidos, junto con los ciudadanos que acuden en auxilio de los agentes de la autoridad, los miembros de los equipos de asistencia y rescate que acuden a prestar auxilio a otro en un accidente o en una calamidad pública. En estos casos está prevista ahora la imposición de la misma pena que cuando los hechos se cometen sobre una autoridad, agente o funcionario.

7) En materia de alteración de orden público se tipifican, como supuestos agravados, los de porte de armas, exhibición de armas de fuego simuladas, realización de acciones violentas especialmente peligrosas para la vida o la integridad de las personas, o comisión de actos de pillaje. Y se regula como supuesto atenuado la entrada en locales y establecimientos de un modo que altere su normal actividad, cuando no se hubieran llegado a producir actos de violencia o amenazas, conducta que la regulación anterior equiparaba a los desórdenes violentos. También se introduce un nuevo tipo penal, esto es, la difusión de mensajes que inciten a la comisión de alguno de los delitos agravados de alteración del orden público. Además, se revisa la redacción del actual artículo 561 (aviso falso de bomba), para incluir los supuestos de activación mediante noticias falsas de los servicios sanitarios o de emergencia.

8) En materia de genocidio, se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico. Se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, más amplio que el actual, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal. El cambio de ubicación del artículo 607 viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías. La nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia. Asimismo, se prevé una agravación de la pena para los supuestos de comisión de estos delitos a través de internet u otros medios de comunicación social, así como para los supuestos en los que se trate de conductas que, por sus circunstancias, o por el contexto en el que se produzcan, resulten idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados. Finalmente, se prevé la agravación de las penas en el caso de existencia de organizaciones delictivas, y se incluye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, se incluyen las armas nucleares y radiológicas dentro de la tipificación penal de los delitos de tenencia y depósito de armas, municiones o explosivos contenida en el Capítulo V del Título XXII.

Nota 317: -Art.577 del Código Penal Común de 1995: “*Los que, sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior*”.

Nota 319: Art.576 del Código Penal: "1. Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años y multa del triple al quíntuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.2..."

Nota 320: - La figura penal de secuestro del art.164 del Código Penal: "1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista. 2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas organizaciones o grupos terroristas. Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1 en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos. 3. Las mismas penas previstas en el número 1 de este artículo se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, dirigida a la incorporación de otros a una organización o grupo terrorista o a la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo."

Nota 323: Vid. art.579 bis punto 3 del CP.

CAPÍTULO II

Nota 369: "1. Si considera que las circunstancias lo justifican, todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente procederá, de conformidad con su legislación, a su detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. Ese Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos. 2. La detención y las otras medidas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo serán notificadas sin demora, directamente o por conducto del secretario general de las Naciones Unidas: A.al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito; B.al Estado contra el cual haya sido dirigida o intentada la coacción; C.al Estado del que sea nacional la persona natural o jurídica contra la cual haya sido dirigida o intentada la coacción; D.al Estado del cual sea nacional el rehén o en cuyo territorio tenga su residencia habitual; E.al Estado del cual sea nacional el presunto delincuente o, si éste es apátrida, al Estado en cuyo territorio tenga su residencia habitual; F.a la organización internacional intergubernamental contra la cual se haya dirigido o intentado la coacción; G.a todos los Estados interesados.3.Toda la persona respecto de la cual se adopten las medidas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo tendrá derecho: A.a ponerse sin demora en comunicación con el representante competente más próximo del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, competa el establecimiento de esa comunicación o, si se trata de una persona apátrida, del Estado en cuyo territorio tenga su residencia habitual; B.a ser visitada por un representante de ese Estado. 4. Los derechos a que se hace referencia en el párrafo 3 del presente artículo se ejercerán de conformidad con las leyes y reglamentaciones del Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, a condición, sin embargo, de que esas leyes y reglamentaciones permitan que se cumplan cabalmente los propósitos a que obedecen los derechos concedidos en virtud del párrafo 3 del presente artículo. 5. Lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del presente artículo se entenderá sin perjuicio del derecho de todo Estado parte que con arreglo al inciso b del párrafo 1 del artículo 5 pueda hacer valer su jurisdicción, a invitar al Comité Internacional de la Cruz Roja a ponerse en comunicación con el presunto delincuente y visitarlo. 6. Al Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 1 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados u organización mencionados en el párrafo 2 del presente artículo e indicará si se propone ejercer su jurisdicción".

Nota 370: Al respecto podemos contar que, a colación de la **operación Sierra Juliette**, cuando el buque Galicia apoyó el contingente español de tierra en Umm Qsar (Iraq) tuvimos la siguiente experiencia: "En el día 9 de mayo de 2003 se ha visitado Camp Bucca, esto es, el campo de prisioneros instalado por los norteamericanos en Umm Qsar. Después de la presentación militar y protocolaria, se ha mantenido un diálogo con el Coronel jurídico norteamericano Seventino. El contenido del mismo ha sido mostrar interés por el trabajo rutinario de interrogatorio, organización y futuro del campo. En relación con esto último se prevé el ingreso de seis mil presos probablemente ya comunes venidos del Norte, esto es, Mosul y Kirkuk principalmente. Esto parece síntoma de que la guerra, después de la declaración de hace pocos días pasados por G. Bush, está ya prácticamente acabada. No obstante, el peligro se mantiene por el aumento de pillaje, saqueo y delincuencia en general toda vez que hay una ausencia de Estado y estructura política que al máximo nivel ya se está intentando construir. Se alude al respecto a la Oficina de Reconstrucción humanitaria así como la salida del gobernador británico el día 15 de Umm Qsar y se pregunta qué se sabe en torno a ello. Se nos contesta que efectivamente en Bagdad está prácticamente ya constituida dicha Oficina y que no habrá vacío de poder en Umm Qsar porque está prevista su sustitución, quizás un norteamericano. En cualquier caso se confirma por su parte que en la práctica el Comité Internacional de la Cruz Roja puede ser destinatario de atestados por fallecimiento. Se pregunta por la problemática de las reclamaciones por accidentes de vehículos y no tienen tampoco seguro; pagan por "tratos", sobre todo las cuantías pequeñas, haciéndose el pago a través de su Gobierno; en cuanto a las cifras grandes se intenta el acuerdo y si las reclamaciones por desacuerdo persisten se le da derecho a ir reclamando en distintas oficinas constituidas regionalmente en ciudades que, después de Bagdad, por vía de último recurso se residencian en Kuwait, haciéndoles ver –según sus palabras– que en todo caso el tiempo, la larga duración, juega contra el reclamante. Como corolario de la conversación es ofrecida la invitación de acudir al día siguiente a los interrogatorios y selección de prisioneros en el campo: (...) Efectuada **visita a los interrogatorios de prisioneros** el testimonio lo podemos contar como sigue: En el interior de una caravana de camión tipo cámping se encuentran tres mesas. Antes de entrar y de ser interrogados se hallan afuera sentados unos cincuenta musulmanes formando un rectángulo. De pie un soldado americano les lee los apartados correspondientes de la legislación aplicable, esto es, el III Convenio de Ginebra. Una vez iniciado el interrogatorio individual se observa que entran de uno en uno, enseñan su chapa en la muñequera, se le toman los datos en un acto de Diligencias preliminares (formulario en el que bajo la denominación de preliminary Tribunals hay once question numeradas: 1. ISN y name., 2. Date of birth y place of birth, 3. Current address, 4. family now lives with, 5. occupation, 6. Details of military service, 7. Place of capture, 8. Uk/Us capture, 9. Circumstances of capture (Alone/with others: who were others, etc), 10. Property/money on capture, 11. Id card/tatoos bodymarks, y finalmente si pertenecen al party Bat. y si son fedayeen) enseñan sus pertenencias de los bolsillos, dejan el paquete de lo que se les ha entregado (**un plato, una manta, el corán, un mono azul y productos de higiene**) en el suelo y estando presente un traductor y dos soldados, uno norteamericano y otro británico, le informan sin ninguna asistencia letrada que el objeto de interrogarle es para que diga verdad, que si miente puede entrar en alguna contradicción, que ello podría hacerles sospechar, que le llevaría así más tiempo su posible salida del campo, que es preferible que colabore y diga cuanto sepa de cierto y así podrá ir a su casa antes. De todos los interrogados por la mañana ninguno se ha negado a ser preguntado por cualquier cuestión que se le hiciese, es decir, a decir sólo su nombre, empleo, unidad y fecha de nacimiento. Sí se ha observado que a ciertas preguntas, como las de qué sabe del paradero de Sadam Husein, armas de destrucción masiva, refugios de armas y lugares de explosiones, etc. el nerviosismo les hace mella en su conducta, reflejan "miedo" a posibles represalias de denuncia sobre su posible filiación al partido Baaz o su condición fedaiyin en su caso. Finalmente, después de observar el lloro de alguno, la risa de otros, a unos se le mantiene el ingreso y a otros se les decreta libertad. Antes, no obstante, se procede a su registro y cacheo. Quedan prácticamente en paños menores y se les observa si tienen algún tatuaje indiciario de cualquier sospecha importante. Quedan a fecha de 10.V.03 unos mil quinientos, pero corre el rumor de que pronto van a llegar unos seis mil presos comunes. Preguntado el Coronel durante el descanso si hay alguno de Umm Qsar y si se sabe el nombre de ellos se contesta que sólo ha interrogado a uno o dos, que ya están en su casa y que no se acuerda de sus nombres porque además todos suelen tener nombre parecidos como Mohamed, Alí y Husein, significando que el primer nombre es el del padre, el segundo del abuelo y el tercero el de la familia. Preguntado sobre lugares de ocio manifiesta que a algunos se les da libros para leer y que aunque no hay todavía biblioteca se ha podido comprobar que por lo menos se les da el Corán. Que en todo caso tampoco está la señalización PG o PW en el Campo, que con el tiempo "todo se andará", que los primeros

que instalaron el campo fueron los ingleses y que hay que tener en cuenta que el tiempo apremia, que el campo es muy grande y que, a grandes rasgos, se respeta la Convención de Ginebra. Tienen servicio de estafeta y correo para su personal a través de Kuwait, pero tarda al menos un mes en llegar a su destino o a contestar, y, por último, que la notaría de documentos sí la tienen prevista.

Nota 375: El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditos. No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él. Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén. Sin embargo, las disposiciones del Título II tienen un ámbito de aplicación más extenso, definido en el artículo 13. Las personas protegidas por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña o por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar o por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, no se considerará que son personas protegidas en el sentido del presente Convenio.

Nota 376: Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública. Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor. Habida cuenta de las disposiciones relativas al estado de salud, a la edad y al sexo, todas las personas protegidas serán tratadas por la Parte en conflicto en cuyo poder estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas. No obstante, las Partes en conflicto podrán tomar, con respecto a las personas protegidas, las medidas de control o de seguridad que sean necesarias a causa de la guerra.

Nota 382: Reglas fundamentales. I. Principios generales. Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el Derecho Internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto. No se ejercerá presión moral o física sobre un prisionero de guerra para inducirlo a confesarse culpable del hecho que se le impute. No se podrá condenar a ningún prisionero de guerra sin que haya tenido la posibilidad de defenderse y sin que lo haya asistido un defensor calificado.(...) El prisionero de guerra tendrá derecho a que lo asista uno de sus camaradas prisioneros, a que lo defienda un abogado calificado de su elección, a hacer comparecer testigos y a recurrir, si lo considera conveniente, a los oficios de un intérprete competente. La Potencia detenedora le pondrá oportunamente al corriente de estos derechos antes de la vista de la causa. Si el prisionero no ha elegido defensor, la Potencia protectora le procurará uno; para ello, dispondrá de una semana al menos. Si la Potencia protectora la solicita, la Potencia detenedora le presentará un lista de personas calificadas para garantizar la defensa. En el caso de que ni el prisionero de guerra ni la Potencia protectora hayan elegido defensor, la Potencia detenedora nombrará de oficio a un abogado calificado para defender al acusado. Para preparar la defensa del acusado, el defensor dispondrá de un plazo de dos semanas, por lo menos, antes de la vista de la causa, así como de las facilidades necesarias; podrá, en particular, visitar libremente al acusado y conversar con él sin testigos. Podrá conversar con todos los testigos de descargo, incluidos prisioneros de guerra. Se beneficiará de estas facilidades hasta la expiración de los plazos de apelación. El prisionero de guerra acusado recibirá, con suficiente tiempo, antes de comenzar la vista de la causa, comunicación, en idioma que comprenda, del auto de procesamiento así como de los autos que, en general, se notifican al acusado en virtud de las leyes vigentes en los ejércitos de la Potencia detenedora. La misma comunicación deberá hacerse, en las mismas condiciones, a su defensor. Los representantes de la Potencia protectora tendrán derecho a asistir al proceso, a no ser que tenga lugar, excepcionalmente a puerta cerrada en interés de la seguridad del Estado; en tal caso, la Potencia detenedora se lo comunicará a la Potencia protectora.

Nota 391: 1. No compartimos la valoración que se hace de las circunstancias (que no de una supuesta excepción – “*ex iniuriis jus non oritur*”: un acto ilícito no puede ser una fuente de derechos- a una regla de *ius cogens* como el *preámbulo martens*): (a) la captura lo es *en el contexto de un ejercicio*, no de un hecho bélico real. Tiene función docente. Se presumía que el capturado era partícipe directo de un combate. A su entrenamiento se le debe de concienciar a todo soldado por principio y con todos sus riesgos...que él también debe evitar a través de adiestramiento. (b) Un entrenamiento no es fatídico y *admite en todo caso corrección*, un hecho bélico probablemente no la admita. *Nos cuesta creer que la corrección tenga que venir directamente por vía penal para casos previstos disciplinariamente*. (c) El ejercicio fue generalizado, avisado, y programado, pero la propia víctima no siguió lo requerido para todos en una teórica, contestando además en el interrogatorio que él era “*un autónomo*”... (¿?): *¿acaso no sabía entonces que en el entrenamiento como tal tenía la virtualidad de que podía ver perdido simuladamente (el saco tirado desde el camión lo fue así) también su privilegio estatutario como prisionero combatiente de una fuerza -se supone- beligerante y ser considerado “espía”, “mercenario” o un terrorista infiltrado?*

Creemos que sí, por dos razones:

A- incluso las personas civiles (no uniformadas y sin llevar las armas abiertamente), que se trata de un estatuto preferente a aplicar en caso de duda en la captura, no tienen derecho a participar directamente en las hostilidades (**Art.51.3 del I Protocolo**). *Pero si lo hacen, es universal y no menos consuetudinaria la aceptación reconocida de que aunque sigan siendo civiles, se convierten en objetivos lícitos de ataque mientras dure su participación*, de forma que el **IV Convenio de Ginebra** relativo a la protección debida a persona civil (se declaró un “autónomo”) en tiempo de guerra también se hubiera inaplicado en cualquier caso, **y no se dice en la Resolución**; es verdad que no cabe renuncia a la titularidad de un derecho –aquí estatutariamente ya no discutido: llevaba uniforme y arma abiertamente como soldado; ¡es que era un entrenamiento y un simulacro!-, pero sí a su ejercicio práctico (dato fáctico que cada uno sí puede voluntariamente realizar, como el suicidio) y, por tanto, la situación, si no lo hubiera sido docente, también hubiera sido entonces susceptible de conllevar el enjuiciamiento de la víctima por una participación directa en unas hostilidades que todos –incluido él- sabían que sólo eran supuestas. *Lo cierto es que -del mismo modo que ese juicio a la víctima se le ha ahorrado- ni unas (las hostilidades) ni otro (ese juicio) han tenido lugar. La consecuencia de esta ilógica es que se ha dado pábulo al abuso de provecho personal de una simulación que sólo ha sido en una única dirección: la de pretender castigar un supuesto abuso de autoridad en tiempo de paz contemplando como supuesto-base lo que sería un muy discutible delito de guerra, juicio que debiera haberse hecho y entendemos que su resultado final sería muy distinto.*

B- y que si bajo pretexto de una maniobra de simple formación militar en tiempo de paz se hubiera entonces querido abusar de la ficción del estatuto de prisionero por su titular la ocasión se le hubiera pintado calva, de tal suerte que en cualquier caso el soldado ficticiamente capturado siempre pudo evitar tal abuso habiéndose negado lealmente a colaborar no ya en la teórica que se le impartió –que pudo- sino incluso *in situ* (**art.34 de las antiguas RROO de las FAS –hoy 48-**) si la “orden” de dejarse coger la entendía manifiestamente ilegal. Y si se entendió que así lo hizo fue extemporáneamente y sin firmeza de convicción, es decir, sin demostrar con su propia actitud una manifiesta ilegalidad equiparable a la de cualquiera que hubiera estado en su lugar (que también los había y no se quejaron, al revés, algunos lo tomaron hasta como un juego...*iocandi gratia* y sin dolo alguno).

2. Tampoco nos queda claro del relato de hechos probados de la sentencia que se glosa (1º) si hubo la interposición de un procedimiento *habeas corpus* –parece ser que no-, (2º) la fecha de interposición de la denuncia (-la sentencia dice “*en su día*”) por la víctima y el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos - teniendo en cuenta sus dolencias y que, como en un juego, se dedicó a tirar piedras acabado el ejercicio con una violencia, se sabe tal, que rompió el viento de una cuerda de una tienda, lo que a ojos de cualquiera no se compadecería con una lesión anterior en la zona corporal afectada por ello-, y (3º) que la víctima había manifestado con anterioridad ante otros testigos su deseo de no cambiar a otra Unidad distinta, aspectos todos ellos que propiciarían en la denuncia la idea de una cierta oportunidad damnificadora más que propia y realmente victimista.

El Derecho de Gentes, al que la sentencia hace alusión, creemos que no es contrario a la detención ni de su aseguramiento con ciertas medidas de quien es peligroso; antes al contrario, por simple incolumidad de todos. Una detención puede conllevar medidas de seguridad por cuanto que también éstas podrían ser previas o simultáneas (alternativas) a aquélla (*vid. art.6.1 de la Convención de toma de rehenes de 1979*), así la de atar las manos no sólo en un caso de traslado, también en un interrogatorio a prisioneros si fuere menester. *Y en este caso comentado*

con mayor motivo: el propósito de una custodia protectora al apresado aquí es evitar su participación de nuevo en la guerra. No hay que olvidarlo. Si se le pregunta a cualquier detenido si lo entiende como una molestia o desventaja, todos sabemos la respuesta. Se trata de algo subjetivo, no objetivo. Sin embargo, incluso en paz, en cualquier Juzgado de guardia donde acuden detenidos presuntamente delincuentes ocurre de hecho continuamente. Sólo cuando se le dispone a disposición del Juez, si así lo considera, puede decretar lo contrario ya en la audiencia. *En la guerra puede ocurrir que si uno forma parte de la Fuerza de custodia uno sea también el propio Juez de Ella para no exponerla a un riesgo propio o ajeno. Hablamos del combatiente. Se olvida en caso contrario que la posición de garante y de cooperante (art. 109 de las Reales Ordenanzas actuales) es múltiple y producto de imperativos estrictamente militares, es decir, que obedece a más variables que las simplemente legales strictu sensu. Las circunstancias mandan, la responsabilidad depende aquí más que nunca de ellas (necesidad militar), y el Derecho – si se entiende como correctamente cumplido sólo el de la interpretación “literal”- es en la operación la guía –sólo eso- de éxito, pero por desgracia a veces no es un seguro de él, así si no es intrínsecamente operativo por la no valoración de otras variables (la fricción y la fortuna que Clausewitz atribuyó a la guerra), sino simplemente legalista (con un Derecho positivo que en cualquier caso en la duda es subjetiva y lícitamente interpretable). Esa es la diferencia: la seguridad jurídica no tiene aquí la certidumbre de la seguridad operativa. Habrá, pues, que cohonestarlas:*

3. En ese sentido no creemos que la interpretación estática y absoluta de la célebre *cláusula martens* sea el *Deus ex machina* con el que debe de regirse, por ejemplo, todo criterio hermenéutico del concepto de “molestia” o “desventaja de cualquier naturaleza”. El **Derecho de Gentes** –como la moral- es cambiante, dinámico y engloba también las situaciones de terrorismo, entre otras (así la piratería,...). Soslayar esta última problemática teniendo en cuenta la práctica actual y real con una discutible alusión a “la guerra contra el terrorismo”, como hace la sentencia comentada (FJ 4º), en cuanto que la orilla sin la mínima explicación de eliminación de duda alguna, sólo en base al criterio jurídico de una -no unánime- ratificación del principal Convenio del *ius in bello* por la Comunidad Internacional, supone no enfocar el problema del trato al prisionero en todo su alcance y diferencia con la toma prohibida de un rehén, así el caso habitual de los escudos humanos..., y daños no sólo colaterales, porque lo cierto es (1) que actualmente también un soldado puede verse –y se ve- en el peligro de atentado, (2) que no sólo las misiones de seguridad son dúctiles a los distintos niveles de amenaza, también en nuestra vida real; y (3) que hoy en día, precisamente por aplicación de Tratados que -ya de antaño- también dimanaban del Derecho de Gentes, pero sobre todo renovados a partir del hito del 11-S (y podríamos sumar el 11M, el 7 y 21-J, el 26-N y el 13-N), en virtud de su aplicación comporta como resultado el que sin ir más lejos todos actualmente soportemos -sin sentirnos por ello vejados- medidas tales como, por ejemplo, el tener que quitarnos “los pantalones y los zapatos” en cualquier aeropuerto: por seguridad, simplemente. No es analogía sino **Teoría General del Derecho (art.3.1 C.c)**: es interpretar el Derecho conforme a la realidad social y al criterio estándar constitucionalmente visto (tales envilecimientos son similares pero inferiores al que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena).

4. Porque no compartimos del todo el criterio notorio de la Cruz Roja cual es el de separar estrictamente los criterios de combatiente o no combatiente. No hay que olvidar que, tal como dijimos, cabe encontrarse con el planteamiento de un *tertium genus*: el combatiente ilegítimo. Pusimos el ejemplo de un francotirador y el de un espía. Esto es así al igual que en materia de estatutos colectivos del Derecho de la Guerra tampoco pueden clasificarse sólo como beligerantes o neutrales, sino que cabe también el estatuto de no beligerancia como una modalidad de la neutralidad. Entendemos que tal variedad de tipologías es prueba de la dinamicidad de los nuevos conflictos –hoy día llamados “asimétricos”- y, por tanto, también del Derecho de Gentes en su última afectación.

Nota 445: Se trataba de un médico pakistaní llamado *Shakil Afridi*. Cuando entró en el recinto de *Abbottabad* para vacunar a los niños de la casa contra la polio, la vida del doctor *Shakil Afridi* quedó marcada para siempre. Sin aquella sangre que logró extraer de los infantes, probablemente *Ben Laden* seguiría hoy vivo. EE.UU lo sabe y gran parte de *Pakistán*, su país, no se lo perdona. Transcurridos 10 meses de la operación para acabar con *Gerónimo*, nombre en clave que las fuerzas especiales estadounidenses pusieron al anciano líder de *Al Qaeda*, la vida de *Afridi* oscila entre la condena y la redención, la horca y la heroicidad. La Comisión de *Abbottabad*, organismo paquistaní encargado de la investigación, ha presentado cargos de traición a la patria (el doctor podría ser ejecutado si prospera el caso en el Tribunal Supremo). EE.UU, desde el otro lado, baraja concederle la nacionalidad americana. Más aún. En palabras del congresista *Dana Rhorabacher*,

a través de un comunicado especial de *Washington*, pretende otorgarle la medalla de Oro del Congreso, porque «*todos los estadounidenses le debemos nuestra gratitud por ayudar a la ejecución del terrorista que asesinó a miles de estadounidenses inocentes*». De unos 40 años, su nombre salió por primera vez en *The Guardian* el mes de julio del 2011, pero ¿cómo implementar una falsa campaña de vacunación en uno de los recintos militares más vigilados de *Pakistán* sin levantar sospechas? «*La coartada era perfecta: Pakistán es uno de los cuatro países donde la poliomelitis todavía continúa siendo endémica*», explica un agente del ISI, una de las agencias de Inteligencia paquistaníes. Y añade: «*no obstante, actuó a espaldas del Gobierno de Pakistán para la CIA. Por eso se enfrenta a cargos de traición a la patria*». Le otorgan la condición de espía, «*No se trata de si es un héroe o un traidor. Se trata de las leyes paquistaníes. Cualquiera que sea encontrado culpable de espionaje debe afrontar la Ley de Pakistán*», explica *Imiatz Gul*, analista paquistaní especializado en terrorismo internacional. El Doctor se encuentra actualmente en paradero desconocido, al igual que su mujer e hijos. Pocos días después de conocerse la implicación del médico, las agencias de inteligencia pusieron en la lista negra de los aeropuertos el nombre familiar del médico para evitar que saliera del país y capturaron a sus familiares en *Hayar Abad (Peshawar)* y los trasladaron a la capital. Cuando las escuelas volvieron a abrir en septiembre, los tres hijos –*Ubaid, Ghazanfar y Naheed Afridi*– nunca volvieron y sus nombres fueron borrados del registro escolar. El médico fue detenido tres semanas después de la operación de captura de *Ben Laden*, en *Torkham*, frontera con *Afganistán*. Estos sucesos han dado la voz de alarma en los círculos de defensores de los derechos humanos. *Liaquat Banoori*, abogado defensor que capitanea la organización *Society for Human Right & Prisoners ais*, no tiene dudas al respecto. «*No le deberían tratar así. Su mujer y sus hijos siguen en paradero desconocido y seguramente les hayan torturado para recabar información, ya que son una de las pruebas vivientes de lo que pasó aquel 2 de mayo. Es la evidencia de que Bin Laden se refugiaba en Pakistán*», explica el abogado. Dice más: «*Se enfrenta a cargos de traición, pero deben de ser probados por la Corte*».

Nota 449: Resolución 1368 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001:

“El Consejo de Seguridad, (...) 1. *Condena inequívocamente* en los términos más enérgicos los horribles ataques terroristas que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001 (...) y considera que esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales; (...)3. *Insta a todos los Estados a que colaboren con urgencia* (...)4. *Exhorta a la comunidad internacional a que redoble sus esfuerzos por prevenir y reprimir los actos de terrorismo*, (...) 5. *Expresa que está dispuesto a tomar todas las medidas que sean necesarias para responder a los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 y para combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas;*(...)”

Nota 450: Resolución 1373 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001:

“El Consejo de Seguridad, (...) *Reafirmando además que esos actos, al igual que todo acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, Reafirmando el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva reconocido en la Carta de las Naciones Unidas (...)*por todos los medios, (...) y confirmado por el Consejo de Seguridad en su resolución 1189 (1998), de 13 de agosto de 1998, de que todos los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos, así como de permitir actividades organizadas en su territorio a fin de cometer dichos actos, Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, 1. *Decide que todos los Estados: (...)*2. *Decide también que todos los Estados: a) Se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, en particular reprimiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y poniendo fin al abastecimiento de armas a los terroristas; b) Adopten las medidas necesarias para prevenir la comisión de actos de terrorismo, en particular advirtiendo de ello cuanto antes a otros Estados mediante el intercambio de información; (...)* *Exhorta a todos los Estados a: (...)* c) *Cooperar, en particular mediante acuerdos y convenciones bilaterales y multilaterales, para prevenir y reprimir los ataques terroristas, y adoptar medidas contra quienes cometan actos de esa índole;*(...)”

Nota 451: Compartimos tal postura con reservas: (1) los Tribunales *Ad Hoc* de *Nüremberg* no fueron tan “modélicos” para el Derecho por razones bien conocidas que atañen al principio de

legalidad, (2) las capturas históricas que pone como ejemplo fueron mayoritariamente el fruto de una rendición bélica y no de una peligrosa operación antiterrorista (frente a alguien que no está rendido) y enmarcada en el contexto de una guerra declarada contra el terrorismo por EE.UU; que en todo caso existe como precedente de una operación ya sí de similar clase la del 1º de Marzo de 2008 por el Gobierno de Uribe cuando a raíz de cinco bombas de alta tecnología y teledirigidas cayeron en uno de los campamentos de la guerrilla colombiana en la selva. Murieron 22 personas, entre las que estaba el cadáver de Raúl Reyes (el “Ministro de Relaciones Exteriores” de las FARC), (3) aquí no parece que hubiera ninguna tortura sino en todo caso un ataque contra un objetivo militar, y no cualquiera, por cuanto que es notorio que Bin Laden, fuera cual fuera la vestimenta que en ese u otro día llevara, desde el 11-S -y ya antes según su biografía- tenía perdida su condición estatutaria de ser un “civil” que no hubiera llevado a cabo actos hostiles,(4) y el asalto propio de la operación fue quirúrgico y no discriminado. **Por tanto, a diferencia de la autora sí le damos más importancia al hecho que ella no le otorga, es decir, que la actuación se desarrollara en Pakistán:** ¿estaba al tanto de la operación con helicópteros efectuada?, ¿se violó el espacio aéreo pakistání por los EE.UU?, ¿era Pakistán un Estado refugio consciente?, etc. Por otra parte, apuntar que Fazul Abdullah Mohamed murió en un puesto de control policial de Mogadiscio (Somalia) el martes 07 de junio de 2001 y significándose de él que, como sospechoso de los atentados de Kenia y Tanzania en 1998 al ser integrante de Al Qaeda en Somalia, sí salieron imágenes de su cadáver...

Nota 452: Artículo de MANGAS MARTÍN, A.: “**Muerte de Bin Laden y Derecho de la Guerra**”. Periódico “El Mundo” de martes de 10.05.2011 Sección Tribuna (Otras voces). Pág.23 y ss.

A continuación lo reproducimos: “La muerte de Bin Laden sigue estando plagada de relatos confusos. En el Derecho Romano se decía **Da mihi facta, dabo tibi ius** (Dame los hechos y te daré el derecho). Estados Unidos ha dosificado y corregido la información sobre la operación que acabó con la vida del líder de Al Qaeda en función de la reacción internacional y ha descalificado cualquier duda sobre cómo se desarrollaron los hechos. Si no los debemos cuestionar, daremos por válida para otras situaciones semejantes la legalidad, sin más, de matar a los combatientes, incluidos los militares norteamericanos, sin optar por la opción de capturarlos vivos. ¿Esa es la lección que la Casa Blanca quiere dar al mundo? Se trata de una lección bien distinta de moralidad y respeto al derecho a la que dieron Estados Unidos y los aliados en 1945 cuando capturaron a la gran mayoría de los dirigentes nazis, causantes de la muerte, no de unos miles de personas, sino de varios millones de seres humanos, y los sometieron a un juicio modélico con todas las garantías aplicándoles penas de muerte, cadenas perpetuas y otras condenas. Para enjuiciar la acción estadounidense en Pakistán lo primero que debemos preguntarnos es cuál es el Derecho aplicable a su acción; si las normas de los conflictos armados o las normas internas junto a las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos asumidas por EE.UU. Este país ha sostenido que es una acción de guerra a la que es aplicable el derecho de los conflictos armados. Creo que es correcta esta posición.

Pero, ¿qué clase de conflicto armado, interno o internacional? EE.UU sostiene que es un conflicto internacional, por lo que la totalidad de las normas de conflictos armados le son aplicables (**Los Convenios de la Haya y los cuatro Convenios de Ginebra –CG–**, de los que EE.UU es Parte). A diferencia del Comité Internacional de la Cruz Roja que sostiene invariablemente desde 2002 que es un conflicto armado interno aunque internacionalizado. Esta última calificación es la correcta y la autorizada, pero a pesar de ello aceptemos la posición norteamericana. Ahora bien, la calificación de EE.UU debe hacerse con todas las consecuencias, pues no es lícito escoger los derechos y descartar las obligaciones. Aparte de la cuestión de determinar el campo de batalla – dónde se puede combatir y deben aplicarse estas normas-, otro asunto no menor es el tratamiento que debe darse a los combatientes capturados vivos, pues el **artículo 17 del tercer CG sobre prisioneros de guerra** dice: “No podrá ejercerse tortura física o moral ni ninguna presión para obtener de ellos informe de cualquier clase que sean”. Además, EE.UU es parte del **Convenio de 1984 sobre prohibición de la tortura**. La única información que deben dar –**art. 17-** es su nombre, graduación, fecha de nacimiento y número de placa... Torturar a un prisionero de guerra es un crimen de guerra grave (**art. 130 CG**). EE.UU lo sabe. Y debería recordar siempre que un ser humano es algo más que una fuente de información.

Sigamos la acción militar a la luz del Derecho de la guerra. ¿Bin Laden era un objetivo militar o civil? Los combatientes (atacantes y atacados) en una guerra deben distinguir siempre entre objetivos militares y civiles y separar unos de otros. Sólo se debe atacar contra objetivos militares. Si nos limitáramos a la foto difundida de Bin Laden enfundado en una manta y con un pequeño y

anticuado televisor, no concluiríamos que estamos ante un gran estratega. En el momento de desencadenar el ataque, ¿era ya sólo un mito o seguía siendo el dirigente de un grupo armado terrorista? Si ya no tenía funciones militares, no podía ser atacado por EE.UU en acción de guerra pese a los miles de crímenes cometidos en el 11-S; sólo las autoridades pakistaníes podían capturarlo para juzgarle en Pakistán o extraditarle. Posiblemente Obama seguía teniendo alguna función dirigente y conocía la programación de una parte sustancial de su organización a través del correo que entraba en su domicilio, por lo que participaba en las hostilidades. Un objetivo legítimo en tiempos de guerra son los dirigentes civiles de las partes contendientes (jefes de estado o de Gobierno, altos cargos y ministerios implicados en el esfuerzo militar...). Es objetivo militar cualquier persona o bien cuya destrucción o neutralización reporta una ventaja militar sustancial y directa y basta para ello el corto plazo. El hecho de que la actuación se desarrollara en Pakistán no es de gran relevancia, pues ese país puede ser considerado campo de batalla como una extensión geográfica del conflicto afgano y numerosas acciones de guerra de EE.UU se habían desarrollado en su territorio con autorización expresa o tácita de Pakistán. Dado su doble juego era lógico que no se recabara una autorización previa. Aquí, poco o nada que reprochar. El asalto. EE.UU pudo haber bombardeado lícitamente mediante misiles certeros el edificio que alojaba a Osama. Si se sabía que vivían niños (y mujeres no implicadas), un ataque así debía descartarse debido a la obligación de no atacar a menores. El asalto, tal como se produjo, respeta, pues, un principio de precaución, además de ser tácticamente más ventajoso (silencioso y con opción a incautarse de información). Partiendo de que en los acuartelamientos no debe ni suele haber menores, y si las mujeres usaran armas son objetivos militares legítimos, se puede atacar un edificio militar en cualquier momento (de noche, cuando almuerzan, con los proveedores, corresponsales de guerra insertos en las tropas y correos...-todos son beligerantes-) aunque no tengan las armas junto a ellos ni estén en condiciones de defenderse; la falta de diligencia de quien pudo y debió estar alerta no le da inmunidad y el ataque aéreo o mediante artillería sería legítimo. Cierto, pero la clave es que en Abbottabad se hizo cuerpo a cuerpo. Y las reglas las conoce todo militar con honor: la primera obligación es capturar; si no se puede capturar, la opción siguiente es herir de la forma menos grave posible, y herir antes que matar. Ésta es la última y extrema opción. La guerra sin cuartel—negar la posibilidad de rendición- o matar intencionadamente a los enemigos (**arts.13 y 130, tercer CG**) es un grave crimen de guerra. Un crimen de guerra añadido a los que se pudieran imputar al enemigo. Un crimen de guerra no anula otro crimen anterior y las medidas de represalia sobre los prisioneros de guerra “quedan prohibidas” (**art.13**). Ese mismo Convenio no impide ejecutar la pena de muerte a un prisionero que haya cometido un crimen de guerra: pero la ejecución requiere el previo juicio por un tribunal regularmente constituido. Como se hizo con los criminales nazis que asesinaron a millones de personas.

Se dice ahora que no hay vídeo de los hechos; y es una lástima para la verdad y la calificación jurídica de los hechos ante la presencia física del enemigo. Antes de localizar a Bin Laden, en las habitaciones en las que hubo varios muertos y heridos no se sabe si se usaron o no armas por parte de su entorno. Sabemos que varias personas fueron apartadas minuciosamente y conservaron su vida...Si hubo disparos o hicieron intento de usar las armas algunos de los enemigos, es lícito responder o ser más rápidos que el enemigo. Fueron actos de guerra lícitos por ambas partes. Cuando los soldados llegaron al espacio en el que estaba Bin Laden, sabemos, por lo que han dicho, que no había armas, pero que trató de resistirse...pero, ¿tenían él o esa mujer la posibilidad de acceder a algún arma? ¿qué movimientos hubo en esos segundos y en ese espacio? ¿cuántos militares norteamericanos había en esa habitación para saber qué opciones tenían frente a cualquier movimiento de Bin Laden y de la mujer que supuestamente estaba allí? EE.UU no debe exhibir la foto del cadáver de Bin Laden porque es una violación del **tercer Convenio (art.13:**“deberán ser protegidos en todo tiempo...contra la curiosidad pública”; **art.14,** respeto a su dignidad “en todas circunstancias”). Si lo hay, que exhiba el vídeo...hasta el instante de disparar sobre los habitantes del edificio. En conclusión, una pregunta que separa la acción de guerra legítima del crimen de guerra: ¿Qué posibilidad real tuvieron los militares norteamericanos de haberle capturado o herido sin arriesgar su propia vida? Sin hechos ciertos no hay derecho.”

Nota 481: La invasión es un crimen internacional de agresión en la actualidad por **Resolución nº 3314 de la AG de la ONU –XXIX período de sesiones-, de 14.12.1974**, donde define “la agresión”:

“La Asamblea General, Habiendo examinado el informe del Comité Especial sobre la cuestión de la definición de la agresión, (...) 1. Aprueba la Definición de la agresión cuyo texto figura en el anexo de la presente resolución;(...) **ANEXO Definición de la agresión. (...) Artículo 1 La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad**

territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición. Nota explicativa: (...) **Artículo 3** (...), se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, ó toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El Moqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; f) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; g) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; h) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos. **Artículo 4.** La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta. **Artículo 5.** (...) 2. **La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional.** La agresión origina responsabilidad internacional.”

En cuanto a la posición única del crimen de agresión en el Estatuto de Roma cabe decir que tras un acuerdo estipulado durante las negociaciones del mismo en 1998, el **Artículo 5** del Estatuto de Roma define al crimen de agresión como uno de los crímenes más importantes dentro de la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, a diferencia de los otros tres crímenes (*genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra*), la Corte aún no pudo ejercer su jurisdicción sobre él dado que el Estatuto no lo definía ni establecía sus condiciones jurisdiccionales. Hoy ya sí. Adopción del crimen de agresión en Kampala: Luego de dos semanas de intensos debates y años de trabajos preparatorios, el 11 de junio de 2010 la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma (realizada en Kampala, Uganda, entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010) adoptó por consenso enmiendas al Estatuto de Roma que incluyen una definición para el crimen de agresión y un régimen sobre cómo la Corte ejercerá su jurisdicción sobre éste. Las condiciones para la entrada en vigor consensuadas en Kampala establecieron que la Corte no podrá ejercitar su jurisdicción sobre el crimen hasta el 1º de enero de 2017, cuando los Estados tomen la decisión de activar la jurisdicción. Definición del crimen de agresión: El Artículo 8 bis adoptado en Kampala define el crimen de agresión individual como “*la planificación, preparación, inicio o ejecución de un acto de agresión por parte de una persona en posición de liderazgo*”. En gran medida, implica el requerimiento mínimo de que éste constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas. Un acto de agresión está definido como “*el uso de las fuerzas armadas por parte de un Estado contra otro sin justificación de defensa propia o autorización por parte del Consejo de Seguridad*”. La definición de acto de agresión, así como de las acciones que califican como actos de agresión, establecida en las enmiendas (como la invasión a través de las fuerzas armadas, bombardeos o bloqueos) fue influenciada por la **Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1974.**

Nota 491: Según sumario de la Sentencia: Los **artículos 48, 52 y 59 del Tratado y el artículo 3 de la Directiva 64/221 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia**, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, se oponen a una normativa nacional que, dejando a salvo algunas excepciones, en particular de índole familiar, obliga al Juez nacional a decretar la expulsión de por vida del territorio de los nacionales de los demás Estados miembros a los que se haya declarado culpables de los delitos de adquisición y tenencia de estupefacientes únicamente para su consumo personal. Tal sanción constituye un obstáculo a las libertades fundamentales reconocidas en dichos artículos del Tratado. **Ahora bien**, si un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro que puede justificar medidas especiales frente a los extranjeros que infrinjan la legislación sobre estupefacientes, con el fin de salvaguardar el orden público, únicamente puede adoptarse una medida de expulsión, justificada por la excepción de orden público prevista, en particular, en el artículo 56 del Tratado, contra un nacional comunitario si, además de haber infringido la Ley de estupefacientes, su comportamiento personal

crea una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Éste no es el caso cuando la expulsión de por vida del territorio se dicta automáticamente a raíz de una condena penal, *sin tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción ni el peligro que supone para el orden público.*

Nota 495: Derechos: 1. El de disfrute de ese bien ajeno con la obligación de conservar su forma y su sustancia. Al que resulte ser su propietario le deberá de indemnizar sólo del deterioro que ese bien haya sufrido por dolo o negligencia. 2. El de su usufructo voluntariamente contraído. 3. Ese usufructuario soldado tiene derecho a percibir de ese bien ocupado todos los frutos industriales (producidos por el trabajo) o civiles (la renta de su alquiler) que produzca o pueda producir. 4. En cuanto a los tesoros, es decir, en palabras del art.352 del C.c, el depósito oculto e ignorado de dinero alhajas u otros objetos preciosos cuya legítima procedencia no conste, hallados en la finca se considerarán como extraño (art.471 del C.c), esto es, susceptibles a nuestro juicio de apropiación entera y no sólo de su mitad como ocurre para cualquier descubridor. Ello por considerarse que al tener la cualidad legal de extraño no pertenece al dueño del terreno en que se halle. Al final de esta numeración, por tanto, será importante que distingamos entre pillaje y saqueo. 5. Las reparaciones u obras que puede hacer se centran a las que estuviere obligado o a las que fueren sólo necesarias. Por ejemplo, a nuestro modesto juicio también, el establecimiento de una zona periférica de seguridad a modo de servidumbre o de accesión a favor del nuevo establecimiento militar creado, así como su amojonamiento, deslinde y debido señalamiento en su caso. 6. Podrá hacer las mejoras útiles o de recreo que tuviere por conveniente, siempre que no altere su forma o su sustancia; pero no tiene derecho a indemnización por ello. Sí podrá retirar dichas mejoras siempre que fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes. Además, incluso podrá compensar los posibles desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho. A este respecto y en pura ortodoxia jurídica de previsión de las justas responsabilidades creemos que será conveniente el levantamiento de un acta notarial (comisario de guerra) en el que figurará un reportaje fotográfico del estado encontrado de la finca desde el inicio de su posesión.

Obligaciones: 1. Antes de entrar en el goce de los bienes está obligado a formar inventario de ellos describiendo el estado de los inmuebles y relacionándolos con su tasación. 2. Sólo estará dispensado de lo anterior, así como de prestar fianza en su caso, cuando de ello no se derive perjuicio para nadie. 3. El deber de cuidado de las cosas, como si fuere un buen padre de familia. 4. Si diere en arrendamiento su derecho de usufructo responderá del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya. 5. Deberá hacer las reparaciones ordinarias, no las extraordinarias. Podrá hacer mejoras.

Nota 500: *La Potencia detenedora podrá internar a los prisioneros de guerra. Podrá obligarlos a no alejarse más allá de cierta distancia del campamento donde estén internados o, si el campamento está cercado, a no salir de su recinto. A reserva de las disposiciones del presente Convenio relativas a las sanciones penales y disciplinarias, estos prisioneros no podrán ser encerrados ni confinados más que cuando tal medida sea necesaria para la protección de su salud; en todo caso, tal situación no podrá prolongarse más de lo que las circunstancias requieran. Los prisioneros de guerra podrán ser liberados parcial o totalmente dando su palabra o haciendo promesa, con tal de que lo permitan las leyes de la Potencia de que dependan; se tomará esta medida especialmente en el caso de que pueda contribuir a mejorar el estado de salud de los prisioneros. Ningún prisionero será obligado a aceptar su libertad empeñando su palabra o su promesa. Ya al comienzo de las hostilidades, cada una de las Partes en conflicto notificará a la Parte adversaria las leyes y los reglamentos en los que se permita o se prohíba a sus súbditos aceptar la libertad empeñando palabra o promesa. Los prisioneros liberados tras haber dado su palabra o hecho promesa, de conformidad con las leyes y los reglamentos así notificados quedarán obligados por su honor a cumplir escrupulosamente, tanto para con la Potencia de la que dependan como para con la Potencia que los haya capturado, los compromisos contraídos. En tales casos, la Potencia de la que dependan no podrá exigirles ni aceptar de ellos ningún servicio contrario a la palabra dada o a la promesa hecha.*

Nota 501: *Los prisioneros de guerra no podrán ser internados más que en establecimientos situados en tierra firme y con todas las garantías de higiene y de salubridad; excepto en casos especiales justificados por el propio interés de los prisioneros, éstos no serán internados en penitenciarias. Los prisioneros de guerra internados en zonas malsanas o cuyo clima les sea perjudicial serán trasladados, lo antes posible a otro lugar donde el clima sea más favorable. La Potencia detenedora agrupará a los prisioneros de guerra en campamentos o en secciones de*

campamentos teniendo en cuenta su nacionalidad, su idioma y sus costumbres, con tal de que estos prisioneros no sean separados de los prisioneros de guerra pertenecientes a las fuerzas armadas en las que estaban sirviendo cuando fueron capturados, a no ser que ellos estén de acuerdo.

Nota 502: *Las condiciones de alojamiento de los prisioneros de guerra serán tan favorables como las del alojamiento de las tropas de la Potencia detenedora acantonadas en la misma región. Estas condiciones deberán avenirse con los hábitos y las costumbres de los prisioneros y en ningún caso serán perjudiciales para su salud. Las anteriores estipulaciones se aplicarán especialmente a los dormitorios de los prisioneros de guerra, tanto por lo que atañe a la superficie total y al volumen mínimo de aire como por lo que respecta a las instalaciones en general y al material para dormir, incluidas las mantas. Los locales para uso individual o colectivo de los prisioneros deberán estar completamente protegidos contra la humedad y tener la suficiente calefacción y el suficiente alumbrado, especialmente desde el anochecer hasta la extinción de las luces. Se tomarán las máximas precauciones contra el peligro de incendio. En todos los campamentos donde haya prisioneras de guerra al mismo tiempo que prisioneros, se les reservarán dormitorios separados.*

Nota 503: *La Potencia detenedora deberá tener en cuenta, cuando decida su traslado, los intereses de los propios prisioneros, con miras particularmente, a no agravar las dificultades de su repatriación. El traslado de los prisioneros se efectuará siempre con humanidad y en condiciones que no deberán ser menos favorables que las de las tropas de la Potencia detenedora en sus desplazamientos. Siempre habrán de tenerse en cuenta las condiciones climáticas a las que estén acostumbrados los prisioneros de guerra y, en ningún caso, las condiciones del traslado serán perjudiciales para su salud. La Potencia detenedora proporcionará a los prisioneros de guerra, durante el traslado, agua potable y alimentos suficientes para mantenerlos en buen estado de salud, así como la ropa, el alojamiento y la asistencia médica que necesiten. Tomará las oportunas precauciones, especialmente en caso de viaje por vía marítima o aérea, a fin de garantizar su seguridad durante el traslado y hará, antes de la salida, la lista completa de los prisioneros trasladados.*

Nota 507: Tal como reza en el 5º y último párrafo del Fundamento Jurídico de la **STS de la Sala V de 02 de abril de 2009**, referida a un recurso nº 101/2008 contencioso disciplinario militar preferente y sumario por la sanción de arresto (privativa de libertad) impuesto a un Brigada del Ejército de Tierra a cumplir en sus alojamientos de *Butmir en Sarajevo*:“(…) la reserva formulada en 1979 y “mantenida” en 1986, en ambos casos al amparo del art.64 del CEDH de Roma de 4 de noviembre de 1950, ha sido igualmente “mantenida” en 2007 por *España* (**BOE Nº 267, de 7 de noviembre de 2007**) en relación a la ley Orgánica 8/1998, de 2 de Diciembre. Como dice nuestra **STS Sala V de 06.02.2008 la reserva española** tenía y ha tenido siempre por objeto el régimen disciplinario de las FAS (**FD. 37, apartado tercero STEDH 02 de noviembre de 2006**) en un principio regulado en el CJM (Instrumento de Ratificación de fecha 26 de septiembre de 1979), posteriormente reemplazado por L.O 12/1985, de lo que se informó el 28 de mayo de 1986 a las Partes del Convenio. Esta última Ley Orgánica ha sido sustituida a la vez por L.O 8/1998, cambio legislativo de que el Consejo de Europa no fue informado con anterioridad a la entrada en vigor de la reiterada L.O 8/98, ni tal comunicación se ha producido hasta el 23 de mayo de 2007, fecha en la que el reino de *España* mantuvo su reserva en los términos publicados en el BOE de 07 de noviembre de 2007, esto es, “*España, de conformidad con el art.64 del Convenio, se reserva la aplicación de los arts. 5 y 6 en la medida que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre –Caps. II y III del Tít.III y Caps. I, II, III, IV y V del Tít. IV- del Régimen Disciplinario de las FAS, que entró en vigor el 03 de febrero de 1999*”; tras ello la indicada Sentencia señala que “ninguna duda creemos que existe sobre el ámbito material de la reserva, cuya corrección en el momento de ser formulada no ha llegado a cuestionarse, en la medida en que se presentó en tiempo oportuno, respecto de una disposición particular del Convenio, en cuanto que una ley en vigor estaba en desacuerdo con la disposición, se acompañó la reserva de una breve exposición de la ley del estado y la dicha reserva no tenía carácter general (art.64 del Convenio, actual art.57 y **SSTEDH** recaída en los **casos “Belilos”**, de fecha 29 de abril de 1988 y **“Weber”**, de 22 de mayo de 1990).

La duda que suscita el recurrente se sitúa en relación con la validez de aquella reserva, tras la omisión del Estado español del deber de informar sobre la sustitución de la Ley orgánica 12/1985 por la Ley O. 8/1998. Quien recurre sostiene que los efectos de la reserva, esto es, la exclusión de los efectos jurídicos de aquellas normas convencionales (arts.5 y 6 del Convenio), en cuanto a su

aplicación al Estado *español* (vid.art.2.1.d de la Convención de *Viena*), habrían quedado en suspenso reanudando su virtualidad a raíz de la formalización de lo que la parte llama reserva hecha en 2007 sin adicionales matizaciones. No compartimos lo que se afirma porque, sin perjuicio de la competencia del TEDH para declarar la validez de las reservas, en el caso de haber decaído la misma como consecuencia de aquella falta de comunicación, no creemos que pueda reactivarse una reserva ya finalizada porque ello sería contrario al texto y al espíritu del Convenio, que sólo consiente reservas hechas al tiempo de su firma o adhesión (actual art.57 del Convenio)".

Nota 530: El 11 de junio de 1985 se produjo en el Aeropuerto de *Beirut* el apoderamiento de un avión de las líneas aéreas jordanas con más de cincuenta pasajeros a bordo, cuando efectuaba el vuelo *Beirut-Amman*. Los autores *libaneses* forzaron al piloto a volar a *Túnez* por celebrarse la Conferencia de la Liga de los Estados Árabes. Más tarde aterrizaba en *Chipre* para aprovisionarse y, tras la negativa de *Túnez* de que aterrizara, lo hizo en *Palermo* con el mismo fin. Tras otra negativa de *Túnez*, los autores mandaron volver el avión a *Beirut*, desde donde volvieron a partir para intentar en vano aterrizar en *Siría*. Volvieron así de nuevo a *Beirut*. Tras dar los autores una conferencia de prensa al día siguiente y liberar a algunos rehenes lograron huir sin ser detenidos y tras hacer explotar el aparato. **El arresto del presunto líder del secuestro aéreo, *Fawaz Yunnis*, fue llevado dos años más tarde por el FBI fuera del territorio estadounidense e invocando las autoridades judiciales norteamericanas los principios de jurisdicción para afirmar su competencia: el de personalidad pasiva y el de universalidad.** El Tribunal de *Columbia* fijó su competencia en la aplicación de la *Hostage Taking Act*, la ley aprobada en cumplimiento de la Convención de 1979. Con esta ley es la primera vez que EE.UU incorporaba expresamente a su ordenamiento interno el principio de personalidad pasiva, frente al que tradicionalmente se había mostrado renuente. Posteriormente y durante las negociaciones que desembocaron en la aprobación de la Convención de Roma de 1988, la delegación de EE.UU hizo de la inclusión de los principios de protección y de personalidad pasiva una *conditio sine qua non* para la aceptación global del texto. A bordo de la aeronave sólo viajaban de dos a cuatro norteamericanos.

Nota 531: El vuelo **Korean Air 007 del 31 de agosto de 1983**, también conocido como **KAL 007** o **KE007**, fue un avión de pasajeros Boeing 747-200 de la aerolínea de *Corea del Sur*, Korean Air, derribado por jets interceptores soviéticos, **el 1 de septiembre** cuando sobrevolaba territorio *soviético* restringido. Es uno de los más graves incidentes que se produjo en la llamada Guerra fría. KAL 007 fue abatido justo al oeste de la isla de *Sajalín*, más precisamente sobre la isla *Moneron*. El KAL 007 traía 269 pasajeros y la tripulación, incluido el congresista estadounidense por *Georgia* *Larry McDonald* y las quejas persisten en que *los soviéticos* capturaron a algunos sobrevivientes. **Hasta el día de hoy, los hechos precisos del vuelo son desconocidos, debido a los numerosos aspectos militares y de inteligencia internacionales que se entrecruzan.** La *Unión Soviética* afirmó inicialmente desconocer que el aparato era civil y sugirió que había entrado en el espacio aéreo *soviético* como una acción deliberada para poner a prueba sus capacidades de respuesta y para realizar labores de espionaje dado que otros aparatos militares de los EE.UU, se encontraban en el área para recabar datos de inteligencia relacionados con un lanzamiento de un misil *soviético* en el mismo lugar y a la misma hora. El derribo atrajo una ola de protestas en todo el mundo, particularmente de *los Estados Unidos* que encontró una buena oportunidad para profundizar sus posturas anticomunistas en el contexto de la guerra fría.

Nota 532: El **Vuelo 655 de Iran Air** fue un vuelo comercial operado por Iran Air entre *Bandar Abbas (Irán)* y *Dubái (Emiratos Árabes Unidos)*. El **domingo 3 de julio de 1988**, casi al final de la guerra *Irán-Irak*, el avión fue derribado justo al sur de la isla de *Qeshm* por el crucero lanzamisiles estadounidense USS *Vincennes* (CG-49), matando a sus 290 ocupantes. El *Vincennes* estaba en aguas territoriales iraníes en este momento. Según el gobierno de *Estados Unidos*, el Airbus fue confundido con un F-14 de la Fuerza Aérea *Irani*. *Irán* calificó el incidente como un "acto de barbarie". Por otra parte, *George H. W. Bush*, vicepresidente de la Administración *Reagan*, defendió a su país en las *Naciones Unidas* y declaró que el derribo del avión fue un incidente "de guerra" y que la tripulación del *Vincennes* actuó según el momento. En una conferencia de prensa del 2 de agosto de 1988 él dijo: "*Nunca me disculparé por los Estados Unidos de América –No me importa lo que los hechos digan*" en referencia al incidente. Investigaciones posteriores de la revista *Newsweek* revelaron que el gobierno encubrió muchos hechos de la investigación. El capitán del barco admitió en 1992 que estaban navegando dentro de aguas de *Irán*, lo cual desmiente la versión oficial que eran aguas "internacionales". El 22 de febrero de 1996, *Estados Unidos* accedió

a pagar a Irán 68 millones de dólares en compensación a las víctimas, pero no pagó por el avión, que tenía un valor de 30 millones de dólares, y nunca se disculpó.

Nota 535: *Augustus K. Cutting* vivía simultáneamente en *el Paso, Texas*, y en *Paso del Norte*, editando del lado estadounidense el semanario *Centinela*. Ante la intención de un nacional mexicano de *Paso del Norte*, *Emigdio Medina*, de publicar su *Revista Internacional*, y resintiendo la competencia potencial de ésta, a aquél le dio por atacarlo, desprestigiarlo y calumniarlo. De “defraudador, estafador, cobarde y ladrón” no lo bajó. El ofendido con sobrada razón promovió un recurso de conciliación en tierras mexicanas en aras de una disculpa. Hubo acuerdo y santa paz en esa gestión judicial; el “gringo” se comprometió a publicar una satisfacción, pero tras una o dos pensadas, el remolón *Cumming* publicó el desagravio en letras pequeñas, como las de los contratos de adhesión que sufren hoy los consumidores, para colmo, en inglés, y con ganas de armar camorra publicó los mismos improperios en otros dos periódicos de los *Estados Unidos*. *Medina* reviró y demandó al ofensor en un juicio, basándose en el Código Penal del Estado de *Chihuahua* que en su artículo 186 señalaba: “los delitos cometidos en otro país por un extranjero contra un mexicano se sancionarán conforme a la ley mexicana, siempre que el acusado, entre otras condiciones, se encontrara en el país”. El juez reconoció tener competencia y hallándose el antedicho *Cumming* en suelo mexicano lo encarceló. Así fue agigantándose el lío. El cónsul estadounidense encandiló al acusado para que no declarara, negara y rechazara la autoridad del juzgador para someterlo a juicio. Entre las obligaciones de un cónsul se encuentra, según el Derecho Internacional inveterado, asistir a un connacional detenido en otro país. La cuestión es que lo aconseje bien y que no le eche gasolina a la hoguera. El cónsul, bastante pagado de sí mismo, comunicó al Departamento de Estado la “oprobiosa injusticia” que se ensañaba contra *míster Cutting*. Tal giro implicó saltar a la figura de la protección diplomática sin agotar los recursos internos en menosprecio del Derecho mexicano. A partir de este momento, se involucraron los jefes de Estado, los cancilleres y los representantes diplomáticos de ambos países, y el asunto saltó a los periódicos con encendidos ánimos nacionalistas.

Nota 553: Resolución 678 de 29 de noviembre de 1990 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

“Recordando y reafirmando sus resoluciones 660 (1990), 661 (1990), 662 (1990), 664 (1990), 665 (1990), 666 (1990), 667 (1990), 669 (1990), 670 (1990), 674 (1990), y 677(1990). Observando que, a pesar de todos los esfuerzos desplegados por las Naciones Unidas, Irak rechaza cumplir con su obligación de aplicar la resolución 660 (1990) y las ulteriores arriba señaladas, desafiando abiertamente al Consejo. Teniendo presente los deberes y responsabilidades que la Carta de las Naciones Unidas le asigna de velar por el mantenimiento y la preservación de la paz y de la seguridad internacionales, Resuelto a hacer respetar totalmente sus decisiones, Actuando en aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. El Consejo (...). 2. Autoriza a los Estados miembros que cooperan con el gobierno de Kuwait, si el 15 de enero de 1991 Irak no ha aplicado plenamente las resoluciones indicadas más arriba conforme al párrafo 1 anterior, a usar todos los medios necesarios para hacer respetar y aplicar la resolución 660 (1990) del Consejo de Seguridad y todas las resoluciones pertinentes posteriores, así como para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región. (...)”

Nota 554: Resolución 668 de 5 de abril de 1991 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

“El Consejo de Seguridad, Consciente de las obligaciones y responsabilidades que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas en lo que respecta al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, (...) Reafirmando el apoyo de todos los Estados Miembros al respeto de la soberanía, la integridad territorial y la independencia política del Iraq y de todos los Estados de la zona (...), 1. Condena los actos de represión perpetrados contra la población civil iraquí en muchas zonas del Iraq, incluidos los perpetrados recientemente en zonas pobladas kurdas, cuyas consecuencias ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales en la región; 2. Exige al Iraq que, a fin de contribuir a eliminar la amenaza a la paz y la seguridad internacionales en la región, ponga fin inmediatamente a esos actos de represión, y expresa la esperanza en el mismo contexto de que se entable un diálogo abierto con miras a garantizar que se respeten los derechos humanos y políticos de todos los ciudadanos iraquíes; 3. Insiste en que el Iraq conceda a las organizaciones humanitarias internacionales acceso inmediato a todos los que necesiten asistencia en todo el territorio del Iraq, y que ponga a su disposición todos los medios necesarios a tal fin (...)”.

Nota 559: Artículo 1. Los **Propósitos** de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: (...) 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad (...); 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales (...); y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes. **Artículo 2** Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes **Principios**: 1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros. 2. Los Miembros de la Organización, (...), cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta. 3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos (...). 4. Los Miembros de la Organización (...) se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas. 5. Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva. 6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales. 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

Nota 560: El Caso Nicaragua contra Estados Unidos, fue un famoso caso llevado ante la Corte Internacional de Justicia en el cual el gobierno nicaragüense acusó a *Estados Unidos* por violaciones al Derecho Internacional al apoyar a la oposición armada (los *contras*) en su guerra en contra dicho gobierno y por minar los puertos del país. Armar y entrenar a la contra fueron considerados en violación a los principios de no intervención y prohibición del uso de la fuerza, del mismo modo que colocar minas en las aguas territoriales de *Nicaragua*. Las relaciones de *Nicaragua* con la oposición armada en *El Salvador*, aunque podría ser considerado una violación con el principio de no intervención y la prohibición del uso de la fuerza, no constituía "un ataque armado" como lo expresa el **artículo 51** justificando el derecho a la defensa propia. La Corte también consideró el argumento de los *Estados Unidos* de estar actuando en autodefensa colectiva de *El Salvador*, y encontró que las condiciones para ello no fueron alcanzadas, ya que *El Salvador* nunca solicitó la asistencia de los Estados Unidos con motivo de autodefensa. El nombre del caso fue "Actividades militares y paramilitares en y contra el Gobierno de Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)". La Corte dictaminó en favor de *Nicaragua*, pero los *Estados Unidos* se negaron a respetar la decisión de la Corte, argumentando que ésta no tenía jurisdicción sobre el caso. Después de la decisión de la Corte los *Estados Unidos* retiraron su declaración de aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Nota 573: Resolución 1441 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
 "Recordando todas sus anteriores resoluciones pertinentes, en particular sus resoluciones 661 (1990) del 6 de agosto de 1990, 678 (1990) del 29 de noviembre de 1990, 686 (1991) del 2 de marzo de 1991, 687 (1991) del 3 de abril de 1991, 688 (1991) del 5 de abril de 1991, 707 (1991) del 15 de agosto de 1991, 715 (1991) del 11 de octubre de 1991, 986 (1995) del 14 de abril de 1995, y 1284 (1999) del 17 de diciembre de 1999, y todas las declaraciones pertinentes de su presidente, Recordando también su resolución 1382 (2001) del 29 de noviembre de 2001 y su intención de ejecutarla cabalmente, (...) Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Decide que *Irak* ha incumplido e incumple sus obligaciones establecidas por las resoluciones pertinentes, incluida la resolución 687 (1991), en particular por la negativa de *Irak* a cooperar con los inspectores de las Naciones Unidas y de la IAEA, y a tomar las medidas exigidas en los párrafos del 8 al 13 de la resolución 687(1991); 2. (...) 13. Recuerda, en este contexto, que el Consejo ha advertido reiteradamente a *Irak* de que tendrá que afrontar graves consecuencias a causa de las continuas violaciones de sus obligaciones; 14. Decide seguir ocupándose de la cuestión. Consejo de Seguridad de la ONU, 8 de noviembre de 2002.

Nota 583: Históricamente, saber que durante la Primera Guerra Mundial fue territorio ocupado por fuerzas británicas hasta que en el año 1920, por pertinente mandato de *la Sociedad de Naciones*, sólo quedó bajo una administración colonial. Al año siguiente el *Reino Unido* consentiría

el establecimiento de una Monarquía de dinastía *árabe hachemita* representada en la figura del Rey *Faisal* (hermano del emir *Abdullah* de *Jordania*) como recompensa a la lucha contra *los turcos* en la Primera Guerra Mundial; esto no impediría –ya en la Segunda Guerra Mundial– que con motivo del desembarco británico en sus antiguas guarniciones de refuerzo en *Basora* los iraquíes se les volvieran en contra a través de las armas y con apoyo germano e italiano, disputa que acabó en derrota iraquí y la reposición como regente a *Abdulah*. Sólo quedó hasta el año 1959 una base naval británica desde la voluntaria retirada británica en 1947, si bien en 1958 el rey *Faisal* II formó con *Jordania* la Federación de Reinos Árabes como contrapartida a la República Árabe Unida. Ese mismo año se proclamaría la República tras una convulsa purga del General *Abril Karim Kasem*, posteriormente ejecutado. Esto conllevó además la disolución de la mencionada Federación para estrechar lazos diplomáticos con la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y países comunistas restantes desde un punto de vista político equidistante entre *Oriente y Occidente*. Esta postura le llevó a cierto aislamiento y a reprimir agitaciones internas latentes (*kurdos*, *movimientos panarabistas*, etc.) hasta desembocar en otro golpe militar de Estado auspiciado por el “*Partido Baaz*” (Renacimiento) Socialista Árabe. **La ley marcial** duró siete años bajo el mandato de un gobierno proegipcio, de carácter anticomunista, cuyo promotor fue el Coronel *Abdel Salam Aref*, después depuesto (1968) por otro golpe también militar a resultas del cual se nombra Presidente del nuevo Gobierno Revolucionario al General *Hasan Al Bakr*. Con el nuevo régimen hubo dos etapas: una primera (1968-1972) de imposición de la tesis radicales del *Partido Baaz* consistentes básicamente en una reapertura a las relaciones con la hoy extinta URSS, lo que no impidió un nuevo **golpe de Estado** que llevó al poder al ala derecha de ese partido; y una segunda en la que la mala economía del país coincidió con el crecimiento de poder político de *Sadam Hussein* y donde el prosvietismo se moderó hacia una postura más práctica y aperturista, lo que llevó a un *Acuerdo (de Argel)* con *Irán* en el año 1975. *Sadam* accedió al poder en 1979 sucediendo a *Bakr* y reafirmando su no alineación. El sátrapa fue jefe de Estado y de Gobierno, coincidiendo en su persona además los cargos de jefe de las Fuerzas Armadas y del Consejo del Mando de la Revolución, este último de idéntica composición al mando regional del Partido Baaz. Su Constitución (provisional) data de 22 de septiembre de 1968, enmendada en los años 1970 y 1971. Su Parlamento consultivo, de 300 miembros en total, se componía de una Asamblea General de 250 y un Consejo Kurdo Legislativo restante, mientras que en cuanto al poder judicial se dividían los asuntos según fueran civiles o religiosos y existiendo además juzgados especiales para asuntos de su seguridad nacional.

En cuanto al sistema legal autóctono era el siguiente:

En el islam surgieron cinco escuelas jurídicas, cuatro *suníes* y una *chií*. Las cuatro escuelas suníes aparecieron en los dos primeros siglos del islam: *la shafi*, *la hanafi*, *la maliki* y *la hanbali*. Todas utilizan de forma sistemática el razonamiento para esclarecer cuestiones legales no resueltas por *el Corán* o *la Suna*. Difieren ante todo por el énfasis que ponen en la autoridad textual o en el razonamiento analógico, pero cada escuela reconoce las conclusiones de las demás como legítimas y dentro del marco de la ortodoxia islámica. Cada escuela tiende a ser la hegemónica en determinadas regiones del mundo: *la hanafi* en el subcontinente *indio*, *Asia Central*, *Turquía* y en cierta medida en *Egipto*, *Jordania*, *Irán* e *Irak*; *la maliki* en el Norte de *África*; *la shafi* en el Sureste *asiático*, y *la hanbali* en *Arabia Saudí*. La escuela *chií* (llamada “*jafari*”) domina en *Irán*. Los *chiíes* o chiítas son el único grupo disidente de importancia con respecto a la ortodoxia *suní* que sobrevive en el islam. Surgieron a consecuencia de una turbulenta disputa familiar sobre la sucesión política de *Mahoma* a la muerte de *Alí*. Los *chiíes* afirman que gobernar a la comunidad se trata de un derecho divino de los descendientes del Profeta a través de su hija *Fátima* y su marido *Alí*, quien inaugurara el periodo denominado de los «cuatro califas justos» (658-750). Dentro del grupo de los chiíes hay quienes creen en una serie de 12 caudillos religiosos infalibles que arrancan con el *imam Alí*, por lo que a este grupo también se le conoce como «*duodecimanos*». El duodécimo y último imam desapareció en el año 873, y los *chiíes* esperan que a su regreso el mundo se vea presidido por la justicia. Teniendo en cuenta que proclaman la infabilidad absoluta de los jefes de la comunidad, éstos deben ejercerla con autoridad. El *imam* (de carácter semidivino) es, por su propia condición, el único designado por la luz divina «para explicar la Ley de Dios». Hasta ese momento, incluso el mejor gobernante no tendrá la legitimidad absoluta. Además de los duodecimanos, otros grupos *chiíes* han sido los *zhaydíes*, los *israelíes* o los *nusayríes*. Quizá porque para los musulmanes la familia y la mezquita, sobre todo, son sagradas, como peculiaridad de esta religión con respecto a la católica existen una serie de costumbres religiosas y sociales que hay que preservar, según los expertos locales, para no tener por cualquier occidental ningún incidente con la población, a saber: «No entrar en casa sin permiso del dueño masculino de la misma, quitarse el calzado si el dueño hace lo propio, comer y beber lo ofrecido para no incurrir de

contrario en un sentimiento de ofensa, no tocar ni mirar directamente a los ojos a sus mujeres, no hacer fotos sin permiso, no miccionar próximo a una mezquita y pedir permiso para ir al servicio, no yendo hasta tenerlo concedido.»

Nota 590: Diferencias: 1. La guerra de *Irak* (siempre nos vamos a referir a la última) tuvo como actores de contienda a una alianza de países (Acuerdo de las *Azores*) y un Estado (*Irak*). En el *Líbano* la guerra lo ha sido entre el Ejército terrorista de un Estado y otro Estado: *Hizbolá* e *Israel*. 2. En la guerra de *Irak* no hubo declaración de guerra, en la del *Líbano* sí. 3. La guerra de *Irak* fue de una aspiración preventiva, la del *Líbano* de represalia en toda regla, no sólo de un mero *raid*. 4. La participación bélica española en la guerra de *Irak*, al menos en su inicio, ha sido mediáticamente utilizada no sólo y exclusivamente en mera clave política de consumo interior, también desde el punto de vista de la política exterior y por muchos agentes; pero sin perjuicio de que hubiera peligros y riesgos no desdeñables, como de hecho entraña toda misión, no fue a «nuestro modesto juicio» una participación real en términos de actividad bélica ofensiva tanto si nos atenemos a las previsiones en su día de la inteligencia, relativamente confirmadas en la práctica, como a su finalidad (se trataba de realizar una misión de paz «posconflicto»). Esta afirmación se hace bajo el bien entendido de que (también en función de nuestra particular reflexión jurídica del Derecho de los Conflictos Armados) se ha mantenido que si la misma misión analizada hubiera estado enmarcada –tal como algunos mantienen– durante el propio conflicto armado desatado, no una vez formalmente acabado, Aquélla hubiera podido ser compatible con el estatuto de «no beligerancia», no ya neutral, en cierta forma justificador del papel que desarrolló. Otra cosa es que esto guste o no. Sin embargo, en el caso del *Líbano* esta rémora operativa que influye hasta en la moral de los Ejércitos su incidencia, también según algunos dada, no ha tenido tanto revuelo mediático. 5. En la guerra de *Irak* hubo una cierta injerencia humanitaria a la soberanía de dicho país, no así en el caso del *Líbano*. 6. El ambiente tras la guerra de *Irak*, visto con el reloj del tiempo, no fue permisivo. En la del *Líbano*, al menos al principio (desembarco en playa con turistas), parece que sí. 7. *Irak* salía de una situación internacional crítica desde el punto de vista económico (embargos y bloqueos comerciales institucionalizados). El *Líbano* no. 8. El área de operaciones en una y otra guerra era distinta. Por tanto, también su centro de gravedad operacional. 9. La época de estación de inicio de ambas guerras fue distinta: invierno en la de *Irak*, verano en la del *Líbano*. 10. La intervención española en *Irak* no fue «onusiana» propiamente dicha. La del *Líbano* sí.

Similitudes: 1. La justificación última de ambas guerras fue el elemento terrorista: el estatal iraquí del gobierno de *Sadam*, bajo pretexto de sospecha de tenencia de armas de destrucción masiva, y el «no estatal» del ejército de *Hizbolá*, bajo pretexto del secuestro de dos soldados israelíes. 2. La finalidad en ambas misiones, pese a sus diferencias, es similar: lograr la estabilidad, la reconstrucción y apoyo humanitario. Sin embargo, sí hay una diferencia destacable: en el *Líbano* se opera como fuerza de interposición entre dos Partes. 3. Tanto *Irak* como el *Líbano* contaron con el apoyo o simpatía del mundo árabe en general, así como de grupos terroristas islámicos. 4. Al principio, la intervención española en *Irak* lo fue como fuerza conjunta. La del *Líbano* también. 5. En ambas guerras, pese a sutiles diferencias, puede decirse que han intervenido fuerzas convencionales. 6. Tanto en *Irak* como en el *Líbano* predominan los musulmanes *chiíes*, pero en *Irak* el poder lo tenían los *suníes*. La influencia exterior en ambas regiones es común: *Irán* y *Siria*. 7. La fuente de legitimidad de ambas es distinta formalmente, pero no de fondo: la lucha contra el terrorismo internacional y, se supone, que en el fondo también de toda clase, y de logro de estabilidad en el siempre conflictivo *Mediterráneo Oriental*. 8. Ambos países, *Irak* y *Líbano*, guardaban ya experiencias de guerra en los albores del siglo XX; y ahora también a inicios del siglo XXI.

Nota 591: 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 entre los días 07 de febrero de 2011 y 4 de marzo de 2011, se llegaron a las conclusiones de 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,...), 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; 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; que la Ley de la Carrera Militar es la aplicable a estos efectos y no la Ley preconstitucional de movilización del 69 (en todo caso degradada a reglamento,

lo que no quiere decir aun así que fuera inconstitucional); que el de los controladores, igual que el de los pilotos, es *un sector estratégico* cuya fuente del problema arranca del Convenio laboral de 1992; que no es sólo un conflicto laboral, se trató de *una cuestión de Estado* (se cerró el espacio aéreo nacional); que la fórmula del Derecho de excepción más adecuada jurídicamente hubiera sido, antes que un estado de alarma, un Estado de excepción; que debiera haber sido preceptivo un Informe del Consejo de Estado por ser una cuestión de Estado; y que es un precedente no insólito (*Reagan* en los 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 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 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 obligatorio 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. Francia, tras el 14-J de Niza, hizo un llamamiento de reservistas...

Nota 629: En su libro nos narra que un médico alemán, *Frank Paulin*, viajaba por la provincia de *Nangarhar* en abril de 1985, cortando extremidades a víctimas de las minas con un cuchillo de supervivencia. El único anestésico con el que contaba *Paulin* eran los barbitúricos ordinarios. Radio *Moscú* le acusó de ser un espía de la CIA. Mientras le perseguían las tropas soviéticas contrajo el cólera y tuvieron que llevarlo a lomos de una mula por un paso de montaña a 4.200 metros de altitud que conducía a *Pakistán*. *Paulin tan sólo albergaba un temor: pisar también él una mina.* Dicho cirujano le confesó que “***la filosofía de la guerra es verdaderamente siniestra. Los rusos, sin ir más lejos. La mayoría de minas que han puesto están concebidas para mutilar, no para matar, porque un cadáver no causa molestia. Tan sólo borra al muerto del mapa. Pero alguien que está herido y sufre precisa la atención continua de varias personas, que de otro modo estarían luchando. Y para despoblar una zona, lo mejor es que muchas de las víctimas sean niños. Hasta los campesinos más tenaces se dan por vencidos y huyen cuando mutilan a sus hijos***”. Asimismo, también recoge el testimonio de *Joe Gaal*, un fotógrafo canadiense que habiendo estado en muchos campos minados trabajando para la *Associated Express* le manifestó que “*la mina que le provocaba un sudor frío*” era la que los muyaidin llamaban *mina “saltadora”*, una versión rusa de la “*Bouncing Betty*”, que los estadounidenses usaron en *Vietnam*. Se activa por medio de un cable de disparo que hace subir rápidamente un proyectil enterrado unos centímetros más adelante. La mina está concebida para que explote al cabo de unos segundos, y lo hace a la altura de la cintura justo cuando alguien pasa sobre ella: “*Te vuela los genitales y te llena los intestinos de metralla*”. La *Bouncing Betty* era una de las distintas minas antipersonal que empleaban los soviéticos. Pero la inmensa mayoría de las minas de *Afganistán* fueron lanzadas desde el aire. La más común de ellas era la mina “mariposa”. Casi formaba parte del paisaje afgano, como las banderas blancas sobre las tumbas de los mártires muyaidin. La mina mariposa medía sólo veinte centímetros y se mimetizaba con el terreno, de manera que era difícil de ver, sobre todo cuando uno estaba fatigado por largas horas de marcha. A excepción del detonador de aluminio ligero, era toda de plástico, lo que le hacía difícil de detectar con instrumental de rastreo de minas. Pensemos, tal como cuenta *Robert D.Kaplan*, que los muyaidines llaman al granizo “*el mejor rastreador de minas de Alá*”, puesto que a menudo la fuerza del granizo al caer del cielo basta para hacer estallar la mina mariposa. Los niños afganos la confundían a menudo con un juguete y pagaban su error con la pérdida de un miembro o un ojo. Esta mina no dispone de mecanismo de autodestrucción, de modo que seguirá mutilando afganos durante mucho tiempo. ***Esta mina constituía el elemento principal de la estrategia de despoblación emprendida en su día por Moscú.*** De hecho, durante el auge de la despoblación, a principios y mediados de la década de 1980, los soviéticos arrojaron minas de plástico disimuladas en forma de relojes de pulsera y bolígrafos sobre los pueblos afganos al noreste de *Kabul*. Se habló incluso de la existencia de *minas con apariencia de muñeca.*

Nota 637: Cuadro sinóptico de normativa aplicable: 1. III Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra. 1949. 2. Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados. 1977. 3. Convenio sobre mercenarios adoptado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 4.XII.1980. 4. Preámbulo, punto 2 de la Sección II, Obligaciones Generales, del Protocolo de Inspección sobre FAS Convencionales en Europa y su proceso de control ratificado por España a través de Instrumento de 12.11.1992 (BOD nº 242 y 246). 5. O. M nº 238/2002 (BOD nº 229) y STANAG's nº 2044 (tarjetas identificativas de prisioneros de guerra), nº 4312 (interoperabilidad del sistema de mando, control e información de los sistemas de arma de baja altura del E. T) y nº 2026 (sobre "Orden de viaje NATO", que publicada por O. M nº 8/1989 de 10.02.1989 (BOD nº 35) establece en su punto cuatro de su modelo si está autorizado para llevar armas. 6. Ley Orgánica de Represión del Contrabando nº 12/1995, de 12.12.1995. 7. Ley Orgánica nº 1/1992 de Seguridad ciudadana. 8. Ley nº 2/1985 de Protección Civil, de 21.01.1985. 9. Ley de Prevención de Riesgos Laborales nº 31/1995. 10. R. D nº 1932/1998, de 11 de Septiembre, de adaptación de los Capítulos III y V de la Ley, sobre prevención de riesgos laborales al ámbito de Centros y Establecimientos Militares. 11. R. D nº 2487/1998 (BOD nº 238) sobre acreditación psicofísica. 12. O. M nº 81/1993, de 29.07.1993, por la que se aprueban las Instrucciones para la aplicación del Reglamento de Armas en las FAS, así como su ampliación y modificación efectuada por O. M nº 279/2001, de 27.XII.2001. 13. Orden nº 88/1993 de 16.09.1993 (BOD nº 189) sobre guías de pertenencia. 14. Orden nº 20.05.1993 (BOD nº 109) que aprueba el modelo de tarjeta europea de armas de fuego y de declaración de transferencias de armas de fuego por armeros autorizados. 15. Orden M. nº 29/1993 de 26.03.1993 (BOD nº 63) de intervención central de armas. 16. Orden INT 904/2002, de 15.04.02 (BOD nº 83) de impresos de solicitud de licencia. 17. Orden INT de 07.03.00 (BOD nº 51 y 148). Armas deportivas. 18. Orden INT de 14.01.1999 (BOD nº 17). 19. Orden INT de 18.03.1998 (BOD nº 64 y 74). 20. Orden INT de 12.09.1997 (BOD nº 189). 21. Orden Mº Ec. y Hda. De 17.05.1994 (BOD nº 98 y 100) en materia de armas y comercio exterior. 22. Resolución INT de 28.09.1999 (BOD nº 186). Armas de caza. 23. Resolución 513/088136/1996, de 20.06.1996, (BOD nº 129), por la que se aplica la "Doctrina, Empleo de la Fuerza Terrestre (D01-101)". 24. Como referencia: la N. G. C -1202-1, de 1 de Junio del 2002, sobre control de armas, con alcance para la Zona Militar de Canarias, dirigida a dicha Región de orden de S. E por el General Jefe del estado Mayor.

Nota 649: A. La seguridad en Zona de Operaciones es la primera prioridad para la Fuerza desde el punto de vista tridimensional del método, los medios, y las formas. B. Bajo las distintas consideraciones de ciertos consejos prácticos relativos al desplazamiento en ruta y en ciudad de un convoy militar, así como de las actuaciones para caso de siniestro, la naturaleza civil o militar de la matrícula del vehículo poco importa en Zona para extraer de ello la naturaleza (civil o no) del Nissan puesto como ejemplo. Que la función logística insita a la misión en este caso expuesta (compras) no desmerece el carácter castrense de ésta. C. Habida cuenta la naturaleza de objetivo militar el camuflaje de su chasis es un medio lícito de añagaza bélica siempre que se adopten ciertas precauciones, entre ellas sobre todo la uniformidad de criterio de compostura de sus tripulantes. D. Desde todos los puntos de vista que confluyen a la misma problemática, esto es, la internacional, penal, disciplinaria y laboral, los intérpretes contratados no reservistas que siguen a las Fuerzas Armadas no tienen derecho a exigir el porte de arma estatal de guerra alguna. E. Este extremo se confirma positivamente a nivel normativo nacional en el **Reglamento español de Armas aprobado por R.D 137/1993, de 29 de Enero, parcialmente modificado por R.D 316/2000, de 3 de Marzo**, donde en su **art.6** se prohíbe la adquisición, la tenencia y uso *por particulares* de las armas de guerra que allí considera. Entre ellos, con arreglo a lo dicho, los intérpretes objeto de estudio en este artículo. F. Su protección y autodefensa se encuentra garantizada en Derecho a través de su estatuto bélico internacional de prisionero de guerra y con los medios propios de la Fuerza Armada a la que sigue. G. Las Fuerzas Armadas tienen respecto a los intérpretes una posición de garante de su vida para el caso de legítima defensa, no englobando en alcance de ésta ponerle a su disposición un arma estatal para su autodefensa. H. Sólo procede instruirles jurídicamente sobre el alcance y vicisitudes fácticas propias del mencionado estatuto. Para ello cobra especial importancia la figura del militar jurídico operativo, quien suele explicar cuáles son las restrictivas reglas de enfrentamiento. I. Sobre todo, se aconseja que los intérpretes no sean entrenados de ningún modo en el manejo de arma de fuego real, ya estatal, ya privada, perteneciente al contingente que sigan. J. El peligro que con dicho entrenamiento se pretende mitigar se trata de un riesgo profesional asumido. Con arreglo a su *lex artis* se exponen a él sin tener que comprometer a nadie más que a sí mismos. K. La forma de conseguirlo puede

variar, pero si es su voluntad contar para ello con un arma ésta debe ser un arma privada propia de cuyo manejo se hacen personalmente responsables. Es “vital” para lograr su máxima protección el porte permanente de su tarjeta identificativa, la cual deberá especificar todos los detalles que sirvan a su fin y, es más, al de no provocar en el aprehensor ninguna confusión estatutaria que el aprehendido, su familia y compatriotas pudieran lamentar. Caso distinto es que el intérprete fuera un militar reservista voluntario español activado. En este caso su legislación aplicable (R. D 1601/2003, de 12 de Diciembre, que aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios.) sí le permite ostentar la misma titularidad de derechos y deberes que cualquier militar profesional.

Nota 668: Art.7. bis: *“Las disposiciones de este Código no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares.”*

Art.8: *“A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que: 1. Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas. 2. Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas. 3. Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares. 4. Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas. 5. Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno.”*

Art.9: *“A los efectos de este Código se entenderá que son Autoridades militares: 1. El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones. 2. Los militares que ejerzan Mando Superior o por razón del cargo o función tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales. 3. Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar. 4. Los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de Justicia y los Auditores, Fiscales y Jueces militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas. 5. Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada.”*

Art.10: *“A los efectos de este Código se entenderá que constituyen Fuerza Armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución.”*

Art.11: *“A los efectos de este Código se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los centros o estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos, u observadores visuales de los mismos espacios.”*

Art.15: *“A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos y que legalmente les corresponde.”*

Art.16: *“A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio de armas todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza, conforme a las disposiciones generales aplicables o a las órdenes particulares*

debidamente cursadas al respecto, así como los actos preparatorios de los mismos, ya sean individuales o colectivos, desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación, y cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con éste o afecten a su ejecución. Asimismo, tendrán esta consideración los actos relacionados de forma directa con la navegación de buques de guerra o el vuelo de aeronaves militares.”

Art.85: “El que desobedeciere o se resistiere a obedecer órdenes de centinela ser castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.El que maltratase de obra a un centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión.En tiempo de guerra o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de dos a diez años en ambos casos.Si el maltrato fuere efectuado con armas se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior. Si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se ocasionare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años. En tiempo de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión.En las mismas penas incurrirá el militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedeciere órdenes de fuerza armada y todo aquel que, en tiempo de guerra, cometa este delito.”

Art.86: “El militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedezca órdenes de la policía militar, en su función de agentes de la autoridad, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años. El que cometa este delito en tiempo de guerra o estado de sitio será castigado con la pena de dos a diez años de prisión.Si el maltrato fuere efectuado con armas, se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior. Si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se ocasionare la muerte, se impondrá la pena de prisión de quince a veinticinco años. En tiempo de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión.”

Art.146: “El centinela que abandonare su puesto será castigado:1.En tiempo de guerra, con la pena de quince a veinticinco años de prisión.2.Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de diez a veinte años de prisión.3.En los demás casos, con la pena de seis meses a seis años de prisión.”

Art.147: “El centinela que incumpliere sus obligaciones, ocasionando grave daño al servicio, será castigado: 1.En tiempo de guerra, con la pena de diez a veinticinco años de prisión.2.Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de cinco a quince años de prisión.3.En los demás casos, con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.” Fijémonos que en la locución “en circunstancias críticas” del art.147 del CPM, refiriéndose al centinela que incumple sus obligaciones ocasionando un grave daño al servicio, podrían estar cobijadas las propias del contexto de una operación antiterrorista en su caso.

Nota 682: (Jurisprudencia)

La **Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de fecha 04 de abril de 2011**, en recurso nº 123/2010, procedimiento de casación en contencioso-disciplinario militar, donde fue ponente *D. Benito Gálvez Acosta*, en relación a la falta muy grave del art.7.12 de la Ley Orgánica 12/2007 del régimen disciplinario de la Guardia Civil, relativa a la correcta prestación del servicio, o a la leve de negligencia en la conservación del material del art.7.8, según en este último caso por **Sentencia de la Sala V, Sección 1ª, de fecha 16 de septiembre de 2009** en recurso 75/2008, donde fue ponente *D. Fernando Pignatelli Meca*.El **Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1ª, nº 13/10, de fecha 03 de mayo de 2010**, en recurso 4/2010 donde fue Ponente *D. Francisco Bellido Soria*, y **Auto nº 1593/2010 de fecha 23 de julio de 2010, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid** en recurso nº 546/2010, y junto a ellos el **Auto de la Sala II del TS, de fecha 16 de diciembre de 2010**, en recurso nº 1882/2010, todos referidos a la relación casuística que este tipo de asuntos suelen tener con respecto los delitos de salud pública, en especial por tema de drogas, y para cometer delitos de robo con violencia o intimidación, y a veces hasta con el agravante de disfraz.

1º Del quebrantamiento específico de un servicio cuando es de armas y, en concreto el de centinela, así como las prevenciones relativas al principio acusatorio. En un recurso de casación contra la Sentencia que condenó a un guardia civil como autor de un delito consumado de abandono de armas, no así de abandono de puesto de centinela, *porque durante la prestación de un servicio en el que estando destinado en Pamplona vestía de paisano y portaba su arma corta reglamentaria para evitar actos de sabotaje o terrorismo en el edificio que albergaba el Acuartelamiento de la Guardia Civil de allí*, el Tribunal Supremo (Sala V) en su **Sentencia de 08 de junio de 1998**, donde fue Ponente *J.F Querol Lombardero*, expone en su primer fundamento que “La rúbrica común utilizada por el Código Penal Militar para definir los delitos comprendidos

entre los artículos 144 a 147 es la de "delitos de quebrantamiento de servicio", quebrantamiento que se produce tanto si se abandona un acto de servicio simple, como un acto de servicio de armas o deberes del centinela, porque el elemento objetivo de tales supuestos delictivos es precisamente el del incumplimiento de las obligaciones que impone al militar (elemento subjetivo común) la ejecución de actos de servicio.

Ha de tenerse en cuenta que **el concepto genérico de acto de servicio** es el que define el **artículo 15 del Código Penal Militar**: "son actos de servicio *todos los que tengan relación con las funciones que correspondan a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente le corresponde*". De esta definición, relacionándolo con la del **artículo 16**, se desprende que **el acto de servicio de armas constituye una forma más específica de la prestación de servicio, que se concreta en el uso, empleo o manejo de armas**. Y, en igual sentido, el servicio del centinela debe ser considerado como un servicio más especializado, como una subespecie del servicio de armas, por cuanto es inherente al centinela la utilización de armas. Lo que hace nuestro Código Militar, al tipificar los diferentes casos de delitos de quebrantamiento de servicio, es establecer las formas agravadas con que estos delitos pueden perpetrarse, en función de la mayor trascendencia e importancia de los deberes del servicio que se incumplen; pero el bien jurídico protegido por los distintos preceptos del mismo capítulo del Código Penal Militar es absolutamente homogéneo. Como razona el primer Fundamento de Derecho de la sentencia de instancia, *no se ha contradicho el principio acusatorio* ya que los hechos son en esencia los objeto de acusación, el bien jurídico protegido es el mismo y el tipo aplicado de menor gravedad; se dan, pues, todas las condiciones del párrafo segundo del artículo 88 de la Ley Procesal Militar."

En este último sentido también se pronuncia el primer fundamento jurídico de la **Sentencia del TS, Sala V, de 21 de diciembre de 1998**, ponente *J.L. Bermúdez de la Fuente*, relativa a la prestación de un servicio de vigilancia, también por un guardia civil, en Centro Penitenciario de *Tahíche (Lanzarote)*, con arma larga y la consigna específica de impedir la evasión de internos y vigilar el campo de visión que se abarcaba desde la garita, al decir que "La cuestión de si un Tribunal del orden penal puede condenar por delito distinto del que hubiere sido objeto de la acusación, sin hacer uso de la excepcional facultad que le confiere el **artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, ha sido contemplada repetidas veces, tanto por el Tribunal Constitucional, como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y más recientemente por esta Sala Quinta, y la doctrina elaborada al respecto pacífica y constante, autoriza a dicho Tribunal del orden penal a condenar por delito distinto, siempre que fuere homogéneo con el objeto de la acusación, no se modifiquen los hechos base de la acusación y de la condena, y que la pena impuesta no sea más grave que la prevista en aquella calificación acusatoria (Véanse Sentencias del Tribunal Constitucional 104/1986 de 17 de julio, 17/1988 de 16 de febrero, 205/1989 de 11 de diciembre; o las sentencias de la Sala Segunda del T.S. de 30 de octubre de 1.989 y 20 de enero de 1.990; y las más recientes sentencias de esta Sala 5ª de 29 de noviembre de 1.995, 8 de junio de 1.998 y 5 de octubre de 1.998). También, los artículos 87 y 88 de la Ley Procesal Militar, nos permiten llegar a la misma conclusión de la doctrina jurisprudencial y constitucional mencionada, pues lo que se dispone en los mismos es que no pueda condenarse más que por los hechos objeto de la acusación, que no se pueda imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado."

2º. De su posible relación con el delito de deslealtad. Por **STS, Sala V de lo Militar, de 20 de noviembre de 2001**, donde fue Ponente *J.A. Jiménez-Alfaro Giral*, relativa al servicio de puertas de un guardia civil en la modalidad de guardia combinada en su Unidad burgalesa, prestado con arma reglamentaria y desplazándose hasta Cáceres sin haber sido relevado por el mando, sabemos por su FJ 3º que en relación a la aplicación o no del art.117 del CPM, "*el fingimiento de una enfermedad para el abandono del servicio que desempeña constituye una deslealtad* en la que el engaño redundaba en el incumplimiento de la obligación, sin perjuicio de que afecte o no al servicio, **entendiendo que tal delito se encuentra en relación concursal con el de abandono de servicio**. Se dan todos los elementos del delito previsto en el **artº 117 del Código Penal Militar**, el carácter militar del autor, no discutido, la simulación de una dolencia, el incumplimiento de un deber y el elemento intencional, que supone el quebrantamiento de una de las obligaciones del militar, la lealtad, a la que expresamente se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. *La entidad del hecho* viene determinada por el servicio de armas abandonado, dada su importancia y el momento en que se produjo, (...)"

3º. De los requisitos del concepto de acto de servicio de armas. Es en el FJ 2º de la anterior sentencia donde se dice al respecto que "El concepto de acto de servicio de armas, que define el **artículo 16 del Código Penal Militar**, no exige que el militar que lo preste ostente el uniforme, ni

requiere publicidad alguna de la condición de militar; *basta el requisito subjetivo de que sea militar el que lo efectúe y que exija el uso, manejo o empleo del arma, conforme a las disposiciones generales aplicables o a las órdenes particulares debidamente cursadas al efecto*; circunstancias éstas que concurren en el caso de autos y que no han sido discutidas. La exigencia de que el militar vista el uniforme viene consignada en el **artículo 10 del Código Penal Militar** cuando facilita el concepto de fuerza armada. *Pero este precepto no es aplicable al caso de autos*, donde los procesados -militares- incumplen el servicio de armas encomendado, siendo sujetos activos de la infracción penal, con independencia de que exista o no una posibilidad de conocimiento público del hecho. *Cuando contrariamente, son los militares en servicio de armas los sujetos pasivos de un delito derivado de la acción de otra u otras personas, la exigencia de la ostentación del uniforme aparece como necesaria*, porque indudablemente se precisa en el autor o autores el conocimiento de la condición de fuerza armada del que ha sido objeto de la infracción penal." Quizá el caso más claro es el de *toda labor de protección de personas y bienes, como de vigilancia, conducción y custodia de presos y detenidos, en centros o en servicio itinerante*, porque tal servicio impone el que quienes lo presten lo hagan portando armas, para ser el mismo eficaz. Y así, la **Sentencia del TS, Sala V, de 21 de diciembre de 1998**, ponente *J.L. Bermúdez de la Fuente, en su 3 FJ, invocando otra vez la suya de 20 de septiembre de 1994*, dice que "el empleo de armas de fuego, ocasionalmente necesario pero siempre excepcional en el ejercicio de la función policial, es por el contrario inherente y connatural al cumplimiento de misiones militares", de forma que aplicada dicha doctrina al caso de autos ya antes referenciado resulta que "(...) ha de reputarse como servicio de armas. Y no es solo este caso, pues esta Sala Quinta, además del supuesto contemplado en la **sentencia reciente de 5 de octubre de 1.998** -similar al que nos ocupa-, ya se había pronunciado, en **sentencia de 8 de junio de 1.998** sobre vigilancia exterior de un edificio público, en **sentencia de 22 de octubre de 1.993** sobre vigilancia de una fábrica de armas, y en **sentencia de 29 de mayo de 1.993** sobre Guardia de Puertas de una casa-cuartel de la Guardia Civil, en las que califica siempre como servicio de armas el prestado por sus respectivos titulares, y precisamente -como antes indicáramos se trataba en todos los casos de servicios policiales y no estrictamente militares. Para concluir con el tema planteado en este motivo: El servicio prestado por el procesado recurrente era un servicio de armas, por las características del mismo y por la orden impartida por el Mando que exigían el porte o manejo de armas, y dado que dicho procesado por disposición legal (artº.8º del Código Penal Militar), tiene la condición de militar, el tipo aplicado por el Tribunal sentenciador, el artículo 144.3 del Código Penal Militar, es el ajustado."

Pero ha habido casos dudosos que la jurisprudencia se ha encargado de disipar: Sobre el servicio de guardia de puertas, según **STS, Sala V de lo Militar, de 20 de noviembre de 2001**, donde fue Ponente *J.A Jiménez-Alfaro Giralt*, relativa al *servicio de puertas de un guardia civil en la modalidad de guardia combinada en su Unidad burgalesa, prestado con arma reglamentaria y desplazándose hasta Cáceres sin haber sido relevado por el mando*, se lee en su 2º FJ que "*constituye una sustitución de la llamada guardia de prevención, no existiendo duda alguna que constituye un servicio de armas (...)*. La Orden General nº 1, de 22 de enero de 1.998, de la Dirección General de la Guardia Civil, define en los arts. 2.1, 2.2, 2.2.3, 3.1 y 5.5 lo que se entiende por guardia combinada, y en el artº 5.8 determina que "los servicios de Guardia de Puertas que se presten en la modalidad de #guardia combinada# por períodos de veinticuatro horas, se computaran por servicios completos y separadamente del resto de los servicios"; por tanto no se puede distinguir en dicho servicio las fases del mismo atribuyéndoles un carácter distinto según cual sea el momento de su prestación, distinguiendo entre el momento del propio servicio y el que se presta en el domicilio, en toda su extensión es por tanto un servicio de armas. Es doctrina de esta Sala que el servicio de armas tiene carácter de permanencia, ya que el uso de armas puede darse desde su iniciación hasta su terminación (**Sentencias de 19 de mayo de 1.993 y 26 de enero de 1.999**). Incluso en el **Voto particular** que, sin embargo, sostiene el magistrado *Ángel Calderón Cerezo* en la STS de 20 de noviembre de 2001, donde fue Ponente *J.A Jiménez-Alfaro Giralt*, relativa al *servicio de puertas de un guardia civil en la modalidad de guardia combinada en su Unidad burgalesa, prestado con arma reglamentaria y desplazándose hasta Cáceres sin haber sido relevado por el mando*, sostiene que "(...) *Sobre el concepto auténtico de lo que debe entenderse por servicio de armas según establece el art. 16 del CPM*, es decir, "todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas cualquiera que sea su naturaleza...", *la jurisprudencia de esta Sala viene asignando tal carácter al desempeño del servicio de puertas*, por analogía con lo provisto respecto de las Guardias de Seguridad (**Sentencia 19 de mayo de 1993, por todas y art. 92 del Reglamento de la Guardia Civil de 1943**), en la medida en que tales servicios están concebidos específicamente para la protección y seguridad de las Unidades, Acuartelamientos o dependencias militares, permaneciendo este calificativo mientras dure el

servicio (**Sentencias 24 de mayo de 1989 y 30 de enero de 1995**, entre otras, si bien que en reciente **Sentencia 06 de noviembre de 2001**, se trató un caso de ausencia durante cuarenta minutos como falta disciplinaria leve del art. 7.5 LO. 11/1991).

La Guardia combinada, que se regula en la Orden General nº 1 de la Guardia Civil, de fecha 22 de enero de 1998, como su mismo nombre indica se compone de diversos cometidos; el específico de puertas con presencia física en el cuarto o local asignado al efecto, y otro al cuidado del teléfono que se presta durante catorce horas en el propio domicilio, y que tiene por objeto atender cuantas incidencias puedan comunicarse por esa vía; función ciertamente de guardia en el sentido de hallarse quien la presta, vigilante, atento y expectante ante cualquier novedad que determine la actuación de la Guardia Civil, pero que ya no continúa como de seguridad ni de la Unidad ni de cualquier dependencia, por cuanto que se presta en la vivienda del obligado, que es siempre su domicilio se halle o no radicado en la Casa - Cuartel de que se trate. No se está, durante ese dilatado período de catorce horas, ante una mera incidencia que se presenta o tiene lugar durante la continuidad del servicio, como ocurre con el descanso del centinela que sin duda sigue en funciones de guardia, sino de la prestación de un cometido por completo distinto al denominado de puertas, por más que a efectos de la papeleta de servicio se incluya entre éste, porque no es el nombre el que da contenido al servicio sino la propia naturaleza de éste. Y si el contenido del servicio, se insiste que en el propio domicilio, en horario de 19.00 a 9.00, consistía en prestar atención al teléfono no cabe sostener a la vista de lo establecido en el **art. 16 CPM**, que su ejecución precisara del uso, manejo o empleo de las armas, que son los elementos básicos definidores del servicio en cuestión, completando este precepto el tipo en blanco que representa el **art. 144 CPM**. El bien jurídico que mediante este delito se protege no es solo el deber de prestación que quebranta quien abandona un servicio, sino que se está ante un tipo de riesgo en el que la norma tutela el interés subyacente de conjurar el peligro, más o menos abstracto, que representa el que queden desprotegidas determinadas instalaciones o dependencias y a merced de cualquier acto hostil, para cuya prevención o evitación se conciben ciertos servicios de seguridad que por la importancia de la misión encomendada se ejecutan sirviéndose de las armas. Atender la línea telefónica, en las condiciones dichas y reiteradas, no creo que deba considerarse servicio de armas y al hacerlo así la Sentencia de instancia y confirmarlo esta Sala, considero, una vez más con toda deferencia para el resto del Tribunal, que se ha afectado al principio de legalidad penal (**art. 25.1 CE**), en su vertiente de tipicidad." Asimismo, en la **STS, Sala V, de 23 de mayo de 2002**, donde fue ponente *A. Carrillo Elizondo*, que es *relativa a la conducta de un Guardia civil que prestaba ese servicio en el puesto de Ledesma (Salamanca) y que por motivo de un incidente ocurrido en las inmediaciones de la vivienda de un paisano decidió acudir allí portando su arma corta y tomando su vehículo oficial, cerrando el puesto, y observándole un denunciante hacer "cosas raras" en la puerta de un pub*, la propia Fiscalía, según consta en el cuarto hecho, ante el planteamiento como *cuestión previa* de si tales hechos eran encajables no en el *delito de abandono de puesto de centinela* del **art.146 del CPM** sino en el más genérico de *abandono de servicio de armas* del **art.144** del mismo Texto legal, pondera la mayor gravedad de la conducta de abandono cuando el sujeto activo ostenta la condición de centinela, pero siempre partiendo de que *el tipo del art.146 es más especial que el del 144 del CPM*, toda vez que quien abandona un puesto de centinela comete siempre un abandono de servicio de armas. El Fiscal analiza la naturaleza del específico y singular "*servicio de puertas*" en la Guardia Civil, contemplando el **Reglamento para el servicio del Cuerpo aprobado por Orden de 14 de mayo de 1943**, cuyo **artículo 92** hace referencia a que la Guardia de prevención "*es sustituida en las casas cuarteles de los puestos, debido a la escasez de fuerzas por el llamado Guardia de Puertas...*", con cometidos y funciones de variada índole, sin que sean exclusivamente las funciones de vigilancia, puesto que de acuerdo con la citada **orden de 1943** y también con la **Orden General de la Guardia Civil nº 1 de 22 de enero de 1998**, el denominado Guardia de Puertas asume *además de funciones de vigilancia otras de atención de las comunicaciones, al público, de régimen interior y policía e incluso burocráticas*. La conductas objeto de análisis encaja a juicio de la Fiscalía en el **art. 144 CPM**, a cuyo efecto precisa que la circunstancia de que en el Puesto de Ledesma no existiera Carpeta de Órdenes, Libro de Normas de Régimen Interior ni Plan de Seguridad que delimitaran los específicos cometidos del servicio de armas de puertas no implica que el Guardia Civil X no fuera plenamente consciente de su obligación de no ausentarse o abandonar el puesto bajo ningún concepto salvo autorización y dejando en su lugar a otro compañero para atender los cometidos del mismo.

En la reflexión que ya el Tribunal hace sobre el delito del **art.144.3 del CPM** en su segundo FJ, manifiesta que: "Su acción típica consiste en abandonar un servicio de armas o transmisiones y en la tradición jurídica del derecho militar español, que culmina en el Código de Justicia Militar de 1945, se hacía referencia normalmente al abandono por la separación del puesto a una distancia

que imposibilitara ejercer la debida vigilancia o incumplir las órdenes referentes al servicio que se estuviere prestando, dando lugar a la interpretación de que para la verificación de la conducta delictiva debía concurrir de una parte la infracción del deber de permanencia y de otra la del deber de actividad o incumplimiento por desatención del servicio ordenado.

En los arts. 358 y 359 del Código de 1945 se describían la conducta como "abandono de puesto", ya sea éste de servicio de guardia, patrulla, ronda, posición militar o cualquier fuerza en servicio de armas o de transmisiones. El Código Penal Militar vigente establece la descripción general, con referencia al que "abandonare un servicio de armas o transmisiones".

Tanto en la evolución de la configuración histórica del tipo como en el análisis jurisprudencial específico del precepto vigente, **los requisitos** que se han exigido son (1) que se trate de un servicio de armas o de transmisiones, (2) que se produzca el hecho del abandono con alejamiento o ausencia del lugar y de la prestación del servicio, sin autorización y sin la toma de medidas que, en su caso, pudieran posibilitarlo y, (3) por último, la culpabilidad. La acción de abandono no puede imaginarse como una modalidad de comisión culposa. Ha de ser consciente, voluntaria y deliberada. En definitiva, es requisito indispensable que sea dolosa, aunque no se requiere una intención de inutilizar o afectar al servicio con previsión de las posibles consecuencias. En este sentido el Alto Tribunal no emienda la plana al de instancia (Militar Cuarto) cuando le absuelve del delito contra los deberes del centinela a la vista tanto del Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia Civil de 14 de Mayo de 1943, como de las Ordenes nº 1 y 5 de 22 de enero y 10 de marzo de 1998, a efectos de conformar las diferencias entre el servicio de centinela y los que se prestan en las puertas de los acuartelamientos o en las distintas misiones que verifica la Guardia Civil con carácter de servicio de armas. Las diferencias se refieren a las variadas y múltiples competencias de la Guardia de Puertas, peculiar en el Cuerpo de la Guardia Civil no exactas a las finalidades de seguridad, orden y vigilancia permanente del acuartelamiento, buque o dependencia militar, que vienen a integrar las misiones del centinela, en su modalidad de guardia de puesto, con independencia de la extensión de la definición a los componentes de las patrullas de las guardias de seguridad, operadores de redes militares de transmisiones u operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control.

Respecto al segundo de los puntos del recurso y por el que se centra el Fiscal Togado en el estudio de la Guardia de Puertas, el Tribunal Supremo afirma que las Ordenes que hemos referenciado precisan que quien está a cargo del mismo es el encargado de mantener operativo de modo permanente el despliegue del Cuerpo, proporcionando una mínima seguridad y, a la vez, garantizando una atención inmediata y próxima a los ciudadanos, de conformidad con el plan de seguridad y el libro de normas de régimen interior del acuartelamiento, que concretará, junto al horario de apertura y cierre de las puertas de la instalación, las funciones y cometidos que debe desempeñar quien preste el citado servicio. Tal como pone de manifiesto en la Sentencia al caso no existía "ni una carpeta de órdenes ni libro de normas de régimen interior relativos al servicio de Guardia de Puertas del Puesto de la Guardia Civil de Ledesma", si bien sus funciones derivarían, tal como recoge el propio relato fáctico "de la Orden General de la Guardia Civil nº 1 de 22 de enero de 1998, y de la necesidad de actuar a través del Centro Operativo de Servicios en caso de eventualidad o de incidentes. Esta Sala –dice el Alto Tribunal- ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el servicio de Guardia de Puertas en la **Sentencia de 19 de mayo de 1993**, citada por el Tribunal de instancia y, más recientemente, en la de **20 de noviembre de 2001**. En la primera de ellas se hace un examen del art. 92 del citado Reglamento para el Servicio de la Guardia Civil de 14 de mayo de 1943 que analiza dicho servicio, comparándolo con la Guardia de Prevención, pero describiendo junto a las funciones de vigilancia y atención telefónica otras burocráticas, entrando a continuación en el estudio del art. 16 del Código Penal Militar para ratificar que dicho servicio es de armas y que el delito de abandono de servicio del art. 144.3º se consuma por la "dejación" del mismo al cesar en su prestación por ausentarse del lugar, si bien incide en que en aquel caso el inculpado no tenía "un puesto concreto que exigiera su permanente presencia, siéndole permisible la movilidad, dentro del Cuartel, para atender a sus otros cometidos", de donde concluye que al haberse producido una salida, dentro del Acuartelamiento por parte de quién hacía el servicio para entrar en el domicilio de otro Guardia Civil, no concurre el hecho del abandono.

En la Sentencia 20-11-01 se contempla un supuesto de servicio de puertas en su modalidad de armas combinada con una guardia de presencia de ocho horas de duración en la propia puerta del acuartelamiento y el resto en el domicilio particular del agente con teléfono desviado para atender posibles incidencias. En esta Sentencia se describe la Orden general nº 1 de 22 de enero de 1998 de la Dirección General del Cuerpo, en cuyos artículos 2, 3 y 5 se regula la Guardia combinada y los servicios de Guardia de Puertas que, en cualquier caso, caracteriza como de armas permanente, en el que el uso de las mismas puede darse desde su iniciación hasta su terminación,

recordando también en este punto la Sentencia de la misma Sala de 26-01-99. Pues bien, en relación a estos extremos, entendemos, de conformidad con el Reglamento y las citadas Ordenes Generales de la Dirección nº 1 de 22-01-98 y nº 5 de 10-03-98, que el servicio de Puertas, peculiar del Cuerpo, tal como se indica en la propia Sentencia recurrida, conjuga en su mínima expresión los de seguridad y orden en los Acuartelamientos, con los cometidos de garantizar atención inmediata y próxima a los ciudadanos, además de proporcionar una mínima seguridad al Cuartel, citándose en la propia Sentencia la referencia que en dichas disposiciones se hace a que habrá "un Libro de Normas de Régimen Interior que señalará el horario de apertura y cierre de las puertas, fijando el lugar y las condiciones de prestación para el tiempo en que aquéllas permanezcan cerradas". En la Orden de 10-03-98 también se alude al desempeño del servicio manteniendo operativo el despliegue del Cuerpo, proporcionando una mínima seguridad y, a la vez, "garantizando una atención inmediata y próxima a los ciudadanos", aludiéndose nuevamente al Plan de Seguridad y Libro de Normas de cada Acuartelamiento, además de la Carpeta de Ordenes, con el detalle de dichas funciones. *De todo ello deducimos que en la normativa que contemplamos queda patente la pluralidad de cometidos, así como en los mismos se desarrollarán con permanencia en la sede en la que se verifican, si bien también se precisa que el desarrollo de las funciones deberá constar en un Libro de Normas de régimen interior o en un Plan de Seguridad.* De no existir los mismos parece lógico que las incidencias deberán ser sometidas a la consideración del Mando o de las patrullas en servicio, a efectos de que se decida sobre las acciones a realizar o se adopten las medidas adecuadas, sin que ello conlleve el desplazamiento o alejamiento del puesto por parte de quién está a cargo de la Guardia de Puertas, sobre todo si no ha sido sustituido, toda vez que en tal caso se produciría una dejación de una de las funciones principales cual es la de vigilancia y protección del propio Acuartelamiento.

En cuanto al supuesto en el que aquí nos encontramos podría ser de los previstos en el **art. 144.3 CPM**. Coincidimos plenamente con el Ministerio Público en relación a considerar que la conducta objeto de análisis, en principio debe ser contemplada sin duda, sin pronunciarnos en este punto sobre si concurren o no los requisitos para su incardinación, a partir del citado precepto y no, desde luego, como un posible delito contra los deberes del centinela, como ya hemos puesto de manifiesto. Ciertamente el abandono por un Guardia Civil de un servicio de Puertas habría que tipificarlo de conformidad con tal precepto, al igual que otros servicios de armas que, tal como ha establecido la jurisprudencia de esta Sala realizan los miembros de Benemérito Cuerpo, en relación con el **art. 16 CPM**, que define lo que se entiende como "actos de servicios de armas" a los efectos de dicho Cuerpo legal. De acuerdo con esta exigencia, además del citado servicio, **esta Sala ha calificado como actos de servicios de armas a realizar por la Guardia Civil, en las Sentencias más recientes los siguientes: el de vigilancia de exteriores del Acuartelamiento de la Guardia Civil de Pamplona, incluso vistiendo de paisano, para evitar actos de sabotaje o terrorismo e identificar vehículos (S. 08 de junio de 1998);** la vigilancia de exteriores del Acuartelamiento de Irún (**S. 17 de diciembre de 1998**); la vigilancia de la Prisión de Tahíche, en Lanzarote, con horario plenamente determinado en el Libro de servicio, en el que se fijaban puestos a cubrir y horas de reten y descanso (**S. 21 de diciembre de 1998**); la vigilancia de la sede del Subsector de la Agrupación de Tráfico de Cádiz, con protección de sus instalaciones y normas provisionales sobre misiones al respecto (**S. 26 de enero de 1999**); el servicio de custodia y vigilancia de la Audiencia Provincial de Alicante (**S. 22 de junio de 1999**); Puestos de Vigilancia en Centro Penitenciario, con papeleta de servicio indicando cometidos específicos (**S. 5 de octubre de 1999**); servicio de vigilancia fiscal por el recinto aduanero (**S. 3 de diciembre de 1999**); servicio de reten de vigilancia de presos o arrestados (**S. 11 de mayo de 2001**); servicio de seguridad en el Centro Penitenciario de A Lama (Pontevedra), con normas e instrucciones para su prestación (**S. 24 de marzo de 2001**); servicio de reten de vigilancia de presos o arrestados (**S. 11 de mayo de 2001**) y servicio de vigilancia de costa y demarcación de la Guardia Civil de Ribadeo, con señalamiento de apostaderos en la papeleta de servicio (**S. 8 de octubre de 2001**). En el estudio de los requisitos del delito al caso, a continuación, dice el Tribunal, "Hemos dicho con anterioridad que el tipo del art. 144.3 exige voluntariedad en el abandono, habiéndose contemplado por esta Sala que no admite dimanar de conductas culposas. Es evidente que de los hechos declarados probados fluye la intencionalidad de la ausencia por parte del Guardia Civil X. Pero el proceso que le lleva a dicha decisión, si nos atenemos estrictamente al relato fáctico, es precisamente considerar que de manera urgente debe personarse en un lugar cercano en el que se han producido incidentes en otras ocasiones con anterioridad entre el dueño de una finca o vivienda y una serie de jóvenes que, al parecer, arrojan piedras sobre la misma (...), pero (...) valoró su actuación directa, al encontrarse a un kilómetro de distancia. (...) ha de analizarse si concurren los elementos volitivo y cognoscitivo de que se nutre el concepto de dolo y, a nuestro juicio, de un lado existe una voluntad evidente de

desplazamiento o abandono del puesto pero no un conocimiento de que no pueda realizarse, estimando el actor por el contrario que su actitud es la correcta al personarse directamente para solucionar una eventualidad que circunstancialmente considera grave ponderando y valorando los antecedentes de problemas similares pretéritos relativos a denuncias de la misma persona. En definitiva, (...) pudiéramos decir que aplica de manera indebida su capacidad de iniciativa en el servicio y adopta el mencionado comportamiento de forma coherente desde su punto de vista intelectual, aunque en sentido disconforme, inoportuno e inadecuado a la realidad, si bien desconociendo la trascendencia y la inmediatez de los hechos de los que tenía vaga referencia, aunque con antecedentes similares. Ello queda corroborado por el hecho de que actúe de uniforme, acudiendo con el arma reglamentaria y con el vehículo oficial de la Unidad al lugar de los hechos, llevando a cabo y ejecutando una decisión, sin duda incorrecta e imprudente, pero que, de conformidad con la Sentencia objeto de impugnación, no debe dar lugar a su calificación y tipificación como ilícito penal."

4º. De la naturaleza del servicio desempeñado en ese caso por un guardia civil no lo es de carácter policial de conformidad con su consideración militar a efectos penales. Es a este respecto donde el FJ 3º de la misma Sentencia dice que "No se trata, como sostiene el recurso, de la ejecución de un servicio policial, que excluya el acto de servicio militar de armas, puesto que *los componentes de la Guardia Civil han de ser considerados como militares, a todos los efectos penales, comprendidos en el artículo 8º del Código Penal Militar*. Así lo ha entendido esta Sala en reiterada jurisprudencia y el Tribunal Constitucional, afirmando que, cuando el Legislador, optando por una vía perfectamente constitucional, configura a la Guardia Civil como un "Instituto Armado de naturaleza militar", hay que entender que tal naturaleza constituye un rasgo característico y definitorio el "*prius*" lógico del que derivan no sólo sus posibles "misiones militares", sino principalmente los "actos permanentes u ordinarios de su régimen jurídico" a saber: "la estructura orgánica", "la organización" y el "régimen disciplinario". La **sentencia del Pleno de esta Sala, de 26 de enero de 1.998** exponía que "en la nueva configuración que adquiere la Guardia Civil en la etapa postconstitucional, constituye un "*tertium genus*" en relación con el binomio Fuerzas Armadas- Fuerzas de Seguridad del Estado, según comentábamos en **nuestra Sentencia de 26 de noviembre de 1.991**, recogiendo diversas **sentencias del Tribunal Constitucional (31/1.985; 93/1.986; Autos 1265/1.988; y 5/1.989)**, y **sobre todo la sentencia nº 194/1.989 de 16 de noviembre**, referida a la naturaleza militar del Benemérito Instituto. Pero **el que no forme parte la Guardia Civil de las Fuerzas Armadas, no quiere ello decir que no le sean de aplicación las normas que regulan el régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, y las leyes penales y disciplinarias militares**, pues expresamente se ordena esa aplicación en el artículo 4º, número 3º de la L. 17/1.989, y más recientemente, en el artículo 1º, y párrafo tercero del Preámbulo, de la Ley 28/1.994, de 18 de octubre, completando el régimen de personal del Cuerpo de la Guardia Civil. El Cuerpo de la Guardia Civil es un Instituto armado de naturaleza militar, se rige por las normas que regulan el estatuto del personal militar profesional y le son de aplicación, en su integridad, las normas penales y disciplinarias militares, además de su normativa específica". En este extremo abunda también la **Sentencia del TS, Sala V, de 21 de diciembre de 1998**, ponente *J.L. Bermúdez de la Fuente*, al decir en su 2 FJ que "según sea la misión policial o militar que les esté encomendada, el servicio que presten tendrá similar naturaleza. *Pero todo ello nada tiene que ver con la comisión de delitos militares*, pues el Código Penal Militar no los define como tales por el hecho de que tengan lugar durante la prestación de un servicio militar, sino porque atacan o ponen en peligro bienes y valores militares, llegando a reconocerse en el Preámbulo de dicho Código que si bien, básicamente, la tipificación de conductas se centra en los delitos "exclusiva o propiamente militares, excepcionalmente contempla supuestos que afectan al servicio y a los intereses del Ejército, en que los no militares pueden ser sujetos activos de un ataque a la Institución Armada con lesión del bien jurídico tutelado". El servicio e interés de los Ejércitos, de las Fuerzas Armadas, excepcionalmente sirve, como bien jurídico a proteger, para permitir incluso el enjuiciamiento por la Jurisdicción Militar del personal civil que ponga en peligro aquellos objetivos militares, pero no es el criterio general del Código Penal Militar, en el que lo comprendido por el mismo es el ataque a los valores militares, reconocidos en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, y que normalmente tendrán como sujeto activo de dichos delitos a los que posean la condición militar, según lo establecido en el artículo 8º de ese Código. Igualmente resulta evidente, que la Guardia Civil es un Instituto Armado de naturaleza militar (artº. 15.1 de la L.O. 2/1.986) como así lo ha venido también reconociendo el Tribunal Constitucional y esta Sala Quinta, en numerosísimas resoluciones, que por conocidas, excusado está el enumerarlas, y que la estructura jerárquica de dicho Cuerpo, de conformidad con su naturaleza militar (artº 13 de la L.O. 2/1.986), ha permitido señalar legalmente que los miembros

de la Guardia Civil, por su condición de militares, están sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, a las leyes penales y disciplinarias militares, así como a su normativa específica" (artº 4.3 de L. 17/1.989, y artículo 1 de la L. 28/1.994 de 18 de octubre). Quiere todo ello decir que, para la aplicación a los miembros del Benemérito Instituto de la Guardia Civil, de las leyes penales y disciplinarias militares, no hay exigencia alguna previa a que presten servicios policiales o militares, sino a que posean esa condición, cuando realicen un acto que merezca la calificación de delito militar o de falta disciplinaria, viniendo a convertirse, por lo tanto, la condición militar de un Guardia Civil es una exigencia del tipo, sin que en caso alguno pierda esa condición porque realice uno u otro servicios, pues la naturaleza policial o militar de los mismos no figura como cualificadora del tipo.

Con esta afirmación se sale también al paso de la alegación de posible trato desigual a los miembros de la Guardia Civil en relación a otros miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que para un supuesto caso igual, solamente merecerían una sanción por falta disciplinaria, puesto que, evidentemente, los segundos no son militares, y por lo tanto, no es posible que sean sujetos de la mayor parte de los delitos militares, con lo cual no se está equiparando la calificación de un hecho para iguales condiciones, sino para condiciones distintas. En definitiva, esta Sala no puede mantener ahora otra doctrina al respecto que la ya establecida en su sentencia nº 74, de 20 de septiembre de 1.994, al afirmar que "si bien la Guardia Civil sólo tiene consideración de fuerza armada en el cumplimiento de las misiones militares que se le encomienden de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico, ello no impide que sus miembros, como pertenecientes a un Instituto armado de naturaleza militar, tengan la condición de militares a efectos penales y disciplinarios, entre otros, incluso cuando realizan funciones no militares, si bien cuando cumplan las misiones militares que legalmente se les encomienden, estarán amparados por la tutela penal que específicamente se reserva a la fuerza armada".

Todas las Sentencias dictadas hasta la fecha por esta Sala Quinta, en relación con abandonos de servicio, de servicios de armas, de destino o residencia, referidas a Guardias Civiles, han contemplado siempre su actuación no en misiones militares sino policiales o propias de la organización del Cuerpo, incardinando las conductas o actuaciones en delitos militares o faltas disciplinarias, si las mismas estaban comprendidas en el Código Penal Militar o respectiva Ley Disciplinaria, con total abstracción de la función en ese momento desempeñada, siempre que fuera la propia del Cuerpo; y ello obedece primordialmente a que la estructura, organización y funcionamiento del Cuerpo de la Guardia Civil, como Instituto Armado de naturaleza militar, exige que sus miembros se comporten en cualesquiera funciones que se les encomienden como personas revestidas permanentemente de la condición militar, en la que priman, además de las cualidades de integridad, rectitud y lealtad profesional que se detallan en la normativa específica del Cuerpo, los valores que adornan a toda Institución Militar, como regla moral de la misma, según las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, tales como el valor, la disciplina, el honor y el amor a la Patria."

La **STS de 11 de mayo de 2001**, de la Sala V, donde fue ponente *A. Corrales Elizondo*, y que es relativa al *abandono de un servicio de retén por un Guardia Civil de la 152 Comandancia de las Palmas*, en este sentido, es importante porque en su primer FJ hace incidencia para defender esta doctrina no sólo en aspectos técnico-jurídicos sino históricos¹ de la condición militar de la Guardia Civil. Tras recoger la doctrina ya expuesta y esos apuntes históricos aludidos en su FJ quinto dice que "Las antedichas consideraciones no se ven alteradas tras la promulgación de la Ley 42/1999, de 25 de Noviembre, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil que contiene la regulación de un estatuto de personal propio, pero no afecta a las cuestiones aquí planteadas, por cuanto en su artículo 91 sujeta a los Guardias Civiles a las "leyes penales militares en los términos que en las mismas se establece" sin que, en consecuencia, haya supuesto la nueva regulación modificación en esta materia, al concretarse de forma precisa la sujeción a la normativa penal militar, sin alteración en su vigente estructura y contenido. La nueva ley vuelve a confirmar en su artículo 2 la "naturaleza militar del Instituto", explicitando este mismo precepto un extremo puntual que merece ser resaltado, cual es la definición de los guardias civiles como "españoles vinculados al Cuerpo de la Guardia Civil con una relación de servicios de carácter permanente", que por la expresada naturaleza "son militares de carrera de la Guardia Civil", condición ésta que obviamente no puede ser objeto de matización por lo que no debe surgir duda sobre la sumisión a las leyes penales militares cuando concurren los elementos de los respectivos tipos penales. Todo ello de acuerdo con el estatuto personal que les corresponde, como concreta la Exposición de Motivos de la propia Ley 42/99 referenciada "por razones de fuero, disciplina, formación y mando", en un análisis descriptivo y esclarecedor." Por su parte, en cuanto a los requisitos ya del delito de incumplimiento de los deberes del centinela, podemos traer ya a colación la **STS de 14 de febrero**

de 2006, donde fue Ponente *Ángel Calderón Cerezo*, y cuyos hechos probados estribaban en que dos soldados de la KSPGT destacada en Kosovo, mientras desempeñaban un servicio de centinela desprovistos de sendos Subfusiles de asalto Cetme, fueron por el mando sorprendidos dormidos en el interior del BMR con el que prestaban servicio dentro de la zona de vigilancia que tenían asignada, de protección de la Iglesia ortodoxa de JUBOVO. Pues bien, aquí interesa destacar que -según el FJ segundo- el tipo subjetivo de este delito no requiere de ninguna intencionalidad o móvil específico en la conducta del autor, que opere como elemento subjetivo del injusto, bastando el dolo genérico consistente en conocer los componentes del tipo objetivo (elemento intelectual del dolo), y actuar conforme a dicho conocimiento (elemento volitivo), esto es, "saber lo que se hace y querer lo que se sabe" (STS., Sala 2ª, 26 de febrero de 1998 y 28 de junio de 2005). Se colma también el tipo objetivo tanto en lo que concierne al incumplimiento de las obligaciones propias del centinela (art. 147.3º CPM), como al resultado jurídico del grave daño para el servicio que es elemento normativo sometido a la apreciación judicial, que se concreta en la afectación al mismo servicio que se desempeña y no en función del riesgo para la seguridad de lo que sea objeto de vigilancia. En este sentido el que el objetivo fuera una iglesia ortodoxa cerrada, situada en lugar no transitado por personas, fuera del núcleo urbano y cercada por alambrada, son datos irrelevantes para la configuración típica porque *el daño no es material sino jurídico y se refiere al normal desenvolvimiento de la misión del Centinela, el cual, se impone como consecuencia de la acción contraria a los deberes del servicio, sin necesidad de que dicho resultado deba ser abarcado por el dolo del autor.*"

También es digna aquí de mención la STS, Sala V, de 12 de febrero de 2009, donde fue Ponente *Javier Juliani Hernán*, relativa a un soldado del plantón fijo de Melilla, y que se prestaba con fusil HK, cargador de guerra municionado, se le encontró a unos 25 o 30 metros de dicho puesto estirado y escuchando música en un camión, cuando su servicio era el de centinela y teniendo como cometido específico el de controlar a la vista el cerramiento de la Base y que nadie accediera a los Hangares y aparcamientos tácticos, catalogándose dichas zonas de "prohibidas" y "reservadas" según el Plan de Seguridad de la Base. En su FJ 1º se dice que en los delitos contra los deberes del centinela -a diferencia del delito de abandono del puesto del artículo 146 del referido Código Penal militar, que no lo exige- se precisa la producción de un resultado: *el grave daño al servicio*, que no se requiere que sea material, pero que habrá de ser grave, para lo que habrá de tenerse en cuenta la transcendencia del hecho, "siendo así que -se afirma en la sentencia impugnada- la seguridad de la Unidad no se vio afectada en ningún momento, ni se ocasionó una repercusión negativa en el desenvolvimiento normal de la Unidad". Efectivamente, en nuestra sentencia de 21 de marzo de 2004, que cita la sentencia de instancia, decíamos que la exigencia de grave daño del artículo 147 del Código Penal Militar "se refiere a la realización del servicio, que puede originar un incumplimiento total o parcial" y que "ha de ser una alteración que ocasione detrimento, perjuicio, menoscabo (que es en lo que consiste la palabra <<daño>>), pero que, no requiere que esos daños sean materiales pues, sin ellos, puede el servicio quedar incumplido y, por ende, gravemente dañado" y aunque el delito del artículo 147 del Código Penal Militar exige, ciertamente, la producción de un resultado, "ello no quiere decir que éste sea material, pues, el <<grave daño>> lo es con relación al servicio y es obvio que puede originarse un grave daño al servicio sin que se haya producido daño alguno material o que éste sea de poca monta".

Posteriormente, en sentencia de 14 de febrero de 2006, hemos precisado que el tipo objetivo de este específico delito también se colma, tanto en lo que concierne al incumplimiento de las obligaciones propias del centinela, como al resultado jurídico del grave daño para el servicio, *en la afectación al mismo servicio que se desempeña y no en función del riesgo para la seguridad de lo que sea objeto de vigilancia*, "porque el daño no es material sino jurídico y se refiere al normal desenvolvimiento de la misión del centinela, el cual se impone como consecuencia de la acción contraria a los deberes del servicio". En el presente caso -continúa el Tribunal- *si seguimos la doctrina de la Sala, antes expuesta*, hemos de llegar necesariamente a la conclusión de que, al haber quedado incumplido lo esencial de la misión asignada -la vigilancia de la seguridad de la Unidad y parte de sus instalaciones-, *se produjo el riesgo cierto de que tan importante misión quedara menoscabada, por lo que el servicio fue gravemente dañado, aunque no llegara a producirse daño material alguno*. Por ello la conducta del acusado debió considerarse por el Tribunal de instancia subsumida en el delito "contra los deberes del centinela", en su modalidad referida al "centinela que incumpliere sus obligaciones ocasionando grave daño al servicio", previsto y penado en el artículo 147.3 del Código Penal Militar. Finalmente, (...) hemos de recordar que este delito no requiere de ninguna intencionalidad o móvil específico en la conducta de su autor, que opere como elemento subjetivo del injusto, bastando el dolo genérico consistente en conocer los componentes del tipo objetivo (elemento intelectual del dolo), y actuar conforme a dicho

conocimiento (elemento volitivo), esto es, "saber lo que se hace y querer lo que se sabe" (**sentencia de 14 de febrero de 2006**). Toda esta doctrina también es repetida por **STS, Sala V, de 29 de diciembre de 2009**, donde fue ponente *F. Menchén Herreros*, relativa al caso de *una sustracción de ordenadores en instalaciones de la Base Aérea española y norteamericana de Morón con la participación de los soldados Fulano y Mengano del E.A desempeñando el puesto de centinela en su modalidad de patrulla armada*. En resumen de ella, se dice en su FJ 1º que "el art. 11 del Código Penal Militar dispone que: "A los efectos de este Código se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: Componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido..."

A la luz de los hechos probados como dice la defensa de los tres recurrentes, hechos probados que son intangibles, la conclusión a la que hay que llegar es bien distinta de la alegada. No existiendo duda, y no discutiéndose por los recurrentes, que tenían la condición de centinela que exige el tipo penal aplicado; que los tres condenados desempañaban un servicio de armas, el Servicio de Guardia de Seguridad de la Base Aérea, calificado legalmente como servicio de armas por los arts. 213 y 383 y siguientes de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire; no se puede llegar a otra conclusión por esta Sala que, conforme al relato de hechos probados los acusados incumplieron sus obligaciones con grave daño para el servicio. *Ello es así, porque la razón de ser de las guardias de seguridad es precisamente, y así se define en las citadas Reales Ordenanzas, dar seguridad garantizando la integridad del personal, locales, instalaciones, armamento, material y documentación, así como la reserva en las comunicaciones e información*. Como se concreta en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia recurrida, " a tenor de lo dispuesto en los arts. 387 y 388 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, las específicas misiones de los guardias de seguridad se concretan en vigilancia y protección permanente del conjunto de las instalaciones; control de las entradas y salidas, identificando y reconociendo al personal, vehículos y material, tanto civiles como militares; y protección del material y documentación clasificada, se acuerdo con lo que se especifique en el Plan de Seguridad. De modo más general, el artículo 63 de la Ley 85/1978, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (vigente con rango de Real Decreto desde la entrada en vigor de la Ley 39/2007) dispone que el militar, mientras esté de centinela, dedicará todo su cuidado a la vigilancia de su puesto, sin hacer nada que le distraiga de tan importante obligación.

En el caso planteado, es indudable, a la vista de los preceptos antes citados, que los acusados tenían la obligación legal, básica y elemental, en tanto centinelas que eran en la noche de autos, de dar protección frente a todo hecho ilícito a las instalaciones de la Base y del material existente en ellas, incluido todo el depositado en el edificio de la SINCA. Y es también evidente que cuando Fulano y Mengano penetran en el edificio de la SINCA sin autorización y sustraen de su interior los ordenadores; que cuando Filomeno y Zutano desamparan después la zona que debían vigilar para dejar los ordenadores en el coche del primero y que cuando finalmente Baldomero nada hace por impedir la sustracción y colabora incluso al posible éxito de la misma, los tres centinelas están incumpliendo esas elementales obligaciones. La acción principal de los condenados, no es como pretende la defensa, que abandonaran su puesto desplazándose a una zona que estaba fuera de su zona de vigilancia, como era el aparcamiento de tropa, sino el incumplimiento de sus más elementales obligaciones sustrayendo material que precisamente debían proteger y si además abandonaron momentáneamente su zona de vigilancia fue precisamente para consumir su actuación delictiva, para esconder los ordenadores sustraídos. La otra alegación o razón de la defensa sobre el elemento incumplido del tipo penal, se refiere al grave daño para el servicio entendiendo que el daño debe materializarse en un daño real. Así mismo se refieren los recurrentes a la proporcionalidad de la pena para el supuesto que no fuera acogido el motivo del recuso afirmando que no está individualizada ni razonada la imposición de un año de prisión para dos de los condenados y ocho meses de prisión para el tercero.

Sobre estas alegaciones hemos de recordar en primer lugar la doctrina de esta Sala en el siguiente sentido: "la exigencia de grave daño del artículo 147 del Código Penal Militar "se refiere a la realización del servicio, que puede originar un incumplimiento total o parcial" y que "ha de ser una alteración que ocasione detrimento, perjuicio, menoscabo (que es en lo que consiste la palabra <<daño>>), pero que, no requiere que esos daños sean materiales pues, sin ellos, puede el servicio quedar incumplido y, por ende, gravemente dañado" y aunque el delito del artículo 147 del Código Penal Militar exige, ciertamente, la producción de un resultado, "ello no quiere decir que éste sea material, pues, el <<grave daño >> lo es con relación al servicio y es obvio que puede originarse un grave daño al servicio sin que se haya producido daño alguno material o que éste sea de poca monta". (**STS de 12 de febrero de 2009 y 21 de marzo de 2004**). En consecuencia, carecen de

razón los recurrentes cuando afirman que el daño producido debe ser real y no meramente jurídico. Sin duda acierta la Sala de instancia (Tribunal Militar Segundo) cuando afirma que no cabe incumplimiento más grave de las obligaciones del centinela que el ataque a la propiedad ajena por parte precisamente de quien, como tal centinela, tiene la misión específica de protegerla frente a hecho ilícitos de terceras personas, pues se trata ni más ni menos de la absoluta negación de la misión encomendada." Asimismo, creemos que también resulta oportuno aquí sacar a colación el hipotético concurso de esa clase de delitos con el de **rebelión militar**, en su caso, en cuanto que este último, al fin y al cabo, supone hacer uso o amenaza de fuerza armada, esto es, porque una rebelión de tal índole no es precisamente un torneo medieval donde reinan la gentileza y la cortesía. Además, si acudimos a la historia patria lo que ésta enseña es que han abundado los pronunciamientos o sublevaciones sin violencia ni efusión de sangre –verbi gracia, el de Pavía que puso fin a la Primera República, el de Dabán y Martínez Campos que, en 1875, restauró la Monarquía borbónica actual, o el de 1923 del General primo de Rivera (todos ellos, triunfantes por lo que no fueron sometidos a proceso sus autores). Sólo hay uno que "fracasó", el más reciente y famoso del 23-F de 1981 y que, en su fin, pretendía acabar con el terrorismo de ETA ocupando para ello al Congreso de los Diputados con la fuerza armada y hasta –se dijo en su defensa- con el supuesto o fabulado beneplácito del Monarca, y que en mérito de su **STS, Sala V, de 22 de abril de 1983**, teniendo como ponente a *Luis Vivas Marzal*, por ella se concibe el delito de rebelión militar –si acudimos a su considerando 11- como un delito: (1) de necesaria infracción plurisubjetiva o pluripersonal, requisito que aquí completamos diciendo –con arreglo al considerando 40 de la misma Sentencia, que "la conspiración para delinquir "es un episodio del " *iter criminis*", equidistante de la mera ideación -" *cogitatione poenam nemo patitur*" y de la ejecución propiamente dicha. Si su naturaleza es la de constituir un acto preparatorio o, como más modernamente se sostiene, la de una resolución manifestada, poco importa para la adecuada resolución de este recurso. Los Códigos Penales españoles, en unas ocasiones 1.850, 1.944 y Código de Justicia Militar de 1.945, la han castigado con carácter general y respecto a toda clase de delitos, y, en otras 1.848, 1.870, 1.932 sólo la punen en relación con determinados delitos de suma gravedad. *Su estructura es bien sencilla*: dos o más personas se conciertan, pactan o convienen la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, siendo pues, sus requisitos, la pluralidad de sujetos activos, el "*pactum*" o "*societas scaeleris*", y, finalmente, la firme resolución de perpetrar el delito pactado", de forma que –según el considerando 47 de la misma sentencia- ese pacto o concierto de voluntades, así como la conciencia de la ilicitud del acto, que son requisitos subjetivos "*sine qua non*" de todas las formas de participación delictiva, con excepción del encubrimiento, pueden convenirse expresa, tácitamente, o de modo presunto exteriorizado mediante actos concluyentes y, además, dicho concierto, puede ser inicial o sobrevenido, es decir, este último, en forma de adhesión a lo ya pactado por otros cuyos planes se conocen, pudiendo ser, a su vez, la referida adhesión, expresa, tácita o materializada a través de "*facta concludentia*".

Asimismo, y con base en el considerando 123 de la Sentencia del 23-F, "en relación con *la codelinquencia o coparticipación*, este Tribunal, en tiempos pretéritos sostenía que, para que, a un partícipe, se le pueda reputar autor de un delito en fase de ejecución -intentada o consumada- basta con que se haya concertado con los demás y conozca la ilicitud de lo pactado, respondiendo "*in solidum*" de lo perpetrado por los otros aunque el no hubiera intervenido en la fase ejecutiva del "*iter criminis*". Pero, tiempo ha, que **la doctrina científica**, así como éste Tribunal véanse v.g. las **sentencias de 25 y 28 de Marzo y 30 de Mayo de 1.974, 31 de Enero y 12 de Febrero de 1.975, 16 de Febrero, 19 del mismo mes, 22 de Marzo, 25 de Marzo, 5 de Junio, 4 de Noviembre y 15 de Diciembre de 1.976, 26 de Marzo de 1.977, 31 de Enero de 1.978, 23 de Noviembre del mismo año, 5 de Febrero de 1.979, 26 de Junio de 1.981, 2 de Abril de 1.982 y 2 también de Abril, 5 del mismo mes, 16 de Junio y 30 también de Junio de 1.982**, entre otras muchas, abandonando la posición antes referida, mantienen que, para que, a un partícipe, se le repunte autor material, personal y directo de un delito intentado o consumado, *se precisa inexcusablemente*, concierto de voluntades, pacto previo o mutuo acuerdo, "*conscientia scaeleris*", esto es, conciencia de la ilicitud del acto convenido, y aportación de esfuerzo propio, es decir, realización, personal y directa, de actos de ejecución adaptados a las exigencias típicas de la infracción de que se trate, aunque, y en consonancia con la distribución de tareas y de cometidos propia de la codelinquencia, no es indispensable se perpetren, personalmente, todos los actos constitutivos de la fase ejecutiva, respondiendo "*in solidum*" por virtud de la prevalente teoría de la unicidad, de lo, entre todos ejecutado, por más que, como ya se ha dicho, no hubiere practicado, por sí mismo, todos y cada uno de los actos integrantes de la dinámica comisiva".(2) de ejecución también colectiva, tendencialmente encaminado a atacar al orden constitucional, al Jefe del Estado, a su Gobierno o a Instituciones fundamentales de la Nación, (3) y, a los efectos que a nosotros aquí nos interesa,

siendo consustancial la de ser un delito de mera actividad, por lo que independientemente de otras consideraciones legítimas que se puedan hacer jurídicamente para darlo como cometido se requiere en cualquier caso, a sus autores, lo que no es sino la valentía fáctica de tener que jugársela..., es decir, *asumiendo*¹ *la grave responsabilidad de su acción*; por tanto, no requiere para su consumación la producción de ningún resultado, si bien la excusa absolutoria o fuerte atenuante de los rebeldes sí requiera que depongan las armas antes de haber hecho uso de las mismas para que no haya víctimas ni derramamiento de sangre.

5º Del trastorno mental transitorio y enfermedad mental en estas conductas: Dice el FJ 3º de la **STS de 14 de febrero de 2006** ya antes aludida que *la jurisprudencia* viene exigiendo como **requisitos** del trastorno los siguientes: a) brusca aparición; b) irrupción en la mente del sujeto activo con pérdida consecutiva de sus facultades intelectivas o volitivas, o de ambas; c) breve duración; d) curación sin secuelas; y e) que dicho trastorno no haya sido provocado por el que lo padece con propósito de delinquir o bien de lograr la impunidad de sus actos (**STS., Sala 2ª, 22 de febrero de 1991**). Mientras que respecto de la enfermedad mental hemos dicho que **requiere** que lo sea de base biopatológica y de efecto psicológico de disminución de la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta. De manera que la enfermedad es condición necesaria *pero no suficiente* para establecer la relación causal entre aquella y el acto delictivo (**STS., Sala 2ª, 20 de enero de 1993 y 03 de diciembre de 2002**; y nuestra reciente **Sentencia 24 de enero de 2006** y las que en ella se citan). En el caso no existe ningún tipo de enfermedad demostrada, cuando venimos exigiendo la prueba de sus presupuestos fácticos *como si de los mismos hechos se tratara* (**Sentencias 04 de febrero de 2005; 14 de marzo de 2005; 25 de mayo de 2005; 04 de julio de 2005 y 24 de enero de 2006**)."

6º. De la obediencia debida en conductas de rebelión militar: Si se lee el considerando 15 de la Sentencia del 23-F sabremos que históricamente, en el **Derecho romano**, se hablaba de "*necessitas obediendi*", añadiéndose que, "*indamnum dat qui jubet dare ejus vero nulla culpa est cui parere necesse est*", y que es responsable sólo quien manda un acto ilícito y no quien obedece, salvo cuando de lo mandado por el superior, entraña "*atrocitatem facinoris*", es decir, un delito grave. En el **Derecho germánico** la obediencia excusaba siempre al súbdito en Las Partidas - Partida VII, Título XI, Ley V, eco fiel del Derecho romano, se disponía que, el hijo, vasallo, siervo, pupilo menor, de veinticinco años, fraile o monje "*que fiziese daño en cosas de otro por mandado de aquél en cuyo poder estuviese, non sería tenuto de facer enmienda del daño que assi fuesse fecho. Mas aquél lo debe pechar, por cuyo mandato lo fizo. Pero si alguno de estos deshónrase, o firiese, o matase a otro, por mandado de aquel en cuyo poder estuviese, non se podría excusar, porque non es tenuto de obedecer su mandado en tales cosas como estas e si lo obedeciere, o matare, o fiziera algunos de los yerros sobre dichos, debe haber pena, también como el otro que lo mandó fazer*" y algún jurista de la época añadió "*si vere quod mandatur est de genere prohibitorum, sed mandatarius est persona subjecta ipsi mandanti, ut filius, servus, uxor, famulus, pupillus, vel aductus, qui subest potestati tutoria vel curatoris tunc in gravibus et atrocibus delictis non excusator quia in talibus non debuit parere: ...In levibus vero delictis bene excusatur talis persona subjecta*". Llegada la época, de **la codificación**, el Código, de 1.848, reputaba obligatorios todos los mandatos del superior, mientras que los de 1.870 y 1.932 no consideraban obligatorios ni excusantes, dichos, mandatos, cuando se tratara de órdenes administrativas que infringen, clara, manifiesta y terminantemente, un precepto constitucional, condicionando la obligatoriedad del mandato a que se dé la competencia del superior y a que, el mentado mandato, se halle revestido de las formalidades legales el Código de 1.944, frente a los sistemas de la licitud de la investigación, de la obligatoriedad del mandato, y de la distinción según la condición de la persona que recibe la orden (funcionarios-autoridad o funcionarios-agente), contiene la clave de la adecuada solución en el artículo 369, donde en su segundo párrafo, se dice que no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley, añadiendo, el párrafo tercero de dicho precepto, que tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquiera otra disposición general. En cuanto al concepto de dicha eximente, y dado el silencio del Código, se dice que, una persona, obra en virtud de obediencia debida cuando perpetra un acto ilícito cumpliendo órdenes de su superior jerárquico sin embargo, se conocen tres clases de obediencia, la familiar, la laboral y la jerárquica, habiendo declarado este Tribunal, en **sentencias de 30 de Octubre de 1.952, 12 de Marzo de 1.956, 25 de Octubre y 24 de Noviembre de 1.962, 30 de Enero de 1.967, 8 de Marzo de 1.969 y 1 de Julio de 1.976**, que, la obediencia jerárquica, es la única que excusa y no la laboral, si bien, a finales del siglo pasado y a principios de éste, abundan los fallos, de este Tribunal, referentes a la obediencia en la esfera familiar, y las

sentencias de 17 de Octubre de 1.890, 7 de Junio de 1.916, 30 de Noviembre de 1.925 y 22 de Octubre de 1.958, se ocupan de la obediencia laboral y, todavía, **la de 18 de Noviembre de 1.980**, refiriéndose a dicho tipo de obediencia, declara que, para la aplicación de la eximente, es preciso que, el receptor de la orden, incida en error sobre la licitud de la misma, creyéndola, de buena fe, legítima, o bien que, aún percibiendo la ilicitud de la orden, se vea compelido a aceptarla por no poderle ser exigida otra conducta más conforme al Derecho. Con carácter general, este Tribunal -véanse **sentencias de 7 de Noviembre de 1.885, 4 de Marzo de 1.886, 23 de Junio de 1.894, 23 de Noviembre de 1.950, 10 de Diciembre de 1.970, y 27 de Noviembre de 1.976** -, y también, la muy importante por referirse a obediencia *en la esfera militar* de **16 de Agosto de 1.936**, exige, para la estimación de la eximente estudiada: a) una orden pues no basta la mera indicación (**sentencia de 18 de Diciembre de 1.957**) emanada de una autoridad superior b) que la orden se encuentre dentro de los límites de la competencia de quien ordena y c) que esté revestida de las formalidades legales habiendo añadido, **la sentencia de éste Tribunal de 30 de Abril de 1.976, que cita las de 23 de Mayo de 1.969, 23 de Julio de 1.973 y 22 de Mayo de 1.974**, que la orden delictiva no vincula al inferior, y que, en todo caso, es indispensable: 1º) subordinación del que obedece respecto al que manda 2º) que, tal subordinación, sea ordenada o reconocida por la ley 3º) mandato legítimo 4º) que dicho mandato emane desde el campo de las atribuciones del que la ha dado y 5º) que no haya obligación, en el subordinado, de examinar si la orden es justa o injusta.

En la esfera castrense, como la seguridad y eficacia de los Ejércitos reposa en los pilares fundamentales de la disciplina y de la subordinación, **la doctrina** sostiene que, en tiempo de *Guerra*, la obediencia ha de ser ciega, inflexible e incondicional, y, en tiempo de paz, al no darse en el Código de Justicia Militar un precepto semejante al del artículo 369, párrafos segundo y tercero, del Código Penal común, el subordinado que cumple las órdenes de su jefe natural con el que se halla vinculado jerárquicamente, queda exonerado de responsabilidad, a menos que lo mandado constituya "*atrocitatem facinoris*" pero, esto no obstante, el **Código de Justicia Militar**, a partir de la **reforma de 21 de Abril de 1.949**, en la circunstancia 12 de su artículo 185, ya cuida de añadir "*Esta eximente la tomarán o no en cuenta los Tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si, tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella*" y tras la **Ley de 6 de Noviembre de 1.980**, que reformó profundamente el citado Código, el rigor se acentúa, tanto en tiempos de paz como en los de *Guerra*, puesto que, la redacción consecutiva a dicha Ley, de la circunstancia 12, agrega a "*El que obra en virtud de obediencia debida*", el siguiente inciso: "*Se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la Guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución*", y, por otra parte, la disposición citada, introduce en el artículo 328 del Código de Justicia Militar, un párrafo, mediante el cual, la desobediencia no será tal "*cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la Guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución*". Finalmente resta estudiar el problema de si, la obediencia debida, puede operar como eximente putativa en aquellos casos en los que, el agente, incurre en error, vencible o invencible, sobre la realidad de la orden, sobre la superioridad del que la fórmula y dirige, sobre la competencia de éste para ordenar lo que ordenó, o, finalmente, sobre, la ilicitud del referido mandato a lo que puede darse una respuesta positiva conforme a la cual si, el error, es invencible habrá total exoneración y si es vencible, el comportamiento del agente, será meramente culposamente debiéndose añadir que, comoquiera que lo que pudo creer el sujeto activo, se encuentra en lo más recóndito de su intelecto -barrera infranqueable en la que es imposible penetrar, y para evitar pretextos y subterfugios por parte del sujeto activo que, interesadamente y para liberarse de toda responsabilidad, diga y sostenga que creyó o interpretó la orden del modo más conveniente para él, se hace preciso que, el presunto error, se confirme con datos objetivos que se hallen consignados e insertos en la narración histórica de la sentencia de instancia y que permitan, tras indagación cuidadosa, concluir estimando que, en efecto hubo obediencia putativa. En el considerando 59 de la Sentencia del 23-F se dice, además, que "La pretendida orden Real, "*leit motiv*" de muchos de los acusados, no tiene base fáctica alguna en la narración histórica de la sentencia de instancia, en la cual tampoco se consignan datos objetivos a partir de los cuales se pudiera inducir que, el acusado "Antonio" se hallaba firmemente convencido de que estaba cumpliendo los deseos, expresos o tácitos, de su Majestad. Y no sobra razonar que, si hipotéticamente y con los debidos respetos a Su Majestad, tales órdenes hubiesen existido, ello sin perjuicio de la inmunidad de la Corona que proclama la Constitución, no hubiera excusado, de ningún modo, a los procesados, pues, tales órdenes, no entran dentro de las facultades de Su Majestad el Rey, y siendo manifiestamente ilegítimas, no tenían por qué haber sido obedecidas

ello, sin contar, lo ilógico de que, quien contribuyó tan poderosamente a establecer un régimen democrático en España, quisiera destruirlo implicando en dicha destrucción a un número reducido de personas, mientras la casi totalidad del Ejército no recibió tales órdenes, demostrando, además, la Corona, su desaprobación y repulsa de la rebelión militar llevada a cabo por los acusados, mediante órdenes emanadas del Palacio de la Zarzuela, mensaje difundido a las una horas del día 24, telex circulado a todas las Capitanías Generales, e incluso llamadas telefónicas personales, que, en algún caso, tuvieron que reiterarse más allá de lo que la pretendida obediencia de los conjurados pretendía presumir, y que, en otros, fueron sistemáticamente ignoradas, no rindiéndose los rebeldes del Congreso más que cuando comprendieron que la rebelión había fracasado en la consecución de sus fines, y ello tras incesantes gestiones de toda clase de Autoridades, militares o civiles, encaminadas a que desistieran de su actitud."

7º. Del estado de necesidad en conductas de rebelión militar: Si leemos el considerando 17 de la Sentencia del 23-F sabremos que "como eximente y como figura jurídico-penal tuvo cabida en el Derecho español, de modo tímido, enteco y angosto, en los **Códigos de 1.848 y 1.870**, los cuales sólo comprendían en la exención a los daños causados en propiedad ajena para evitar un mal, ensanchándose su ámbito de aplicación en el **Código de 1.928**, dónde se le admitía en protección o amparo de vida, salud, honor o intereses, obteniendo un reconocimiento todavía más amplio en el **Código de 1.932**, el que, sin embargo, no lo aceptaba en los casos de conflicto de bienes de igual rango, y llegando a su apogeo en el **Código de 1.944 y en el Código de Justicia Militar de 1.945**, textos legales donde no se condiciona la naturaleza de los bienes o derechos susceptibles de protección mediante el sacrificio de otros, se admite el estado de necesidad propio y el ajeno y se da cabida a los conflictos de bienes de igual valor en lo que respecta a su naturaleza, si el bien sacrificado es de menor entidad que el que se trata de preservar, unánimemente se sostiene que se trata de una causa de exclusión del injusto, pero, si el conflicto se produce entre bienes jurídicos igualmente tutelados, son muchas las doctrinas que tratan de fundamentar dicha eximente, prevaleciendo la que entiende que se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad. Ante la indefinición legal de lo que constituye la esencia o entraña del estado de necesidad, **la jurisprudencia y la doctrina**, con apoyo y base en el número 7º del artículo 8 del Código Penal vigente y en la circunstancia 7ª del artículo 185 del Código de Justicia Militar, cuyos textos son idénticos, han perfilado la mencionada eximente, exigiendo para su concurrencia los siguientes **requisitos:** 1º) un bien o derecho que se halle en peligro, pero no en cualquier clase de peligro, pues el mal que se augura, teme o se manifiesta ha de ser real y efectivo, grave por la naturaleza de los bienes amenazados y la importancia de lo que se avecina e inminente, de tal modo que no se les ponga en trance leve de deterioro o erosión sino de destrucción o perecimiento, y sin que se trate de evitar simples molestias o un perjuicio ínfimo sino un mal auténtico 2º) que el mal que se trata de evitar no sea menor que el causado por el necesitado, con lo que son admisibles, con eficacia exonerativa, los conflictos de bienes de desigual calificación con tal de que no sea el sacrificado el de mayor entidad y rango, así como los producidos entre bienes de idéntico o igual valor 3º) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y 4º) que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse por razón de su oficio. Con más o amplitud, cabe decir que el estado de necesidad es requisito básico e imprescindible tanto para la eximente completa como para la incompleta, equivaliendo a una situación de conflicto, actual o inminente y total, entre dos bienes en el que la salvación de uno exige el sacrificio del otro requiriéndose además: a) peligro para el bien jurídico, el cual requiere un juicio valorativo "ex ante", pues el acontecimiento temido, de ordinario, gracias a la intervención del agente, habrá de ser evitado b) dicho peligro ha de ser real, y, al efecto, los Códigos españoles desde 1.848 a 1.928, exigían "la realidad del mal que se trata de evitar" es menester, por lo tanto, que, dicho peligro exista, sea posible, que amague al agente y que sea próximo o inminente, habiendo declarado este Tribunal en **sentencias de 22 de Noviembre de 1.935, 16 de Septiembre de 1.934, 27 de Octubre de 1.962, 28 de Junio de 1.963, 15 de Abril de 1.980, 28 de Septiembre de 1.982 y 17 de Noviembre del mismo año**, que, el estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, debiendo existir una base real en los hechos declarados probados, sin que quepan deducciones salvo que el antecedente y su relación con la consecuencia ofrezca evidencia axiomática no obstante cabe el estado de necesidad putativo siempre que se adquiriera la convicción de que el agente, siquiera sea erróneamente, se creía amenazado por un mal que él reputaba real c) el mal temido debe ser actual o al menos, inminente, habiéndolo declarado así las **sentencias de este Tribunal de 8 de Junio de 1.935, 28 de Noviembre de 1.944, 20 de Junio y 27 de Febrero de 1.947, 22 de Octubre del mismo año, 9 de Noviembre de 1.949, 3 de Febrero y 1 de Mayo de 1.954, 21 de Octubre de 1.957, 7 de Febrero y 28 de Diciembre de 1.962** d) el mal al que el peligro se refiere tiene que ser un perjuicio para un bien jurídico merecedor de un juicio

valorativo, debiendo, el mencionado perjuicio, merecer el calificativo de grave **sentencias de 6 de Noviembre de 1.943, 28 de Noviembre de 1.944, 22 de Octubre de 1.946 y 3 de Febrero de 1.954**, si bien, el mentado perjuicio no tiene porque consistir en un resultado penalmente típico **sentencia de 18 de Diciembre de 1.963** pero, para que constituya un mal es preciso que se reputa como tal por el mundo circundante, no bastando con que merezca tal calificativo desde el punto de vista individual del agente **sentencias de 9 de Noviembre de 1.949, 9 de Diciembre del mismo año y 29 de Noviembre de 1.968** e) el conflicto ha de ser absoluto y así lo exigen las **sentencias de este Tribunal de 6 de Noviembre de 1.943, 28 de Noviembre de 1.944, 20 de Mayo de 1.967, 2 de Septiembre de 1.968, 16 de Mayo de 1.969 y 23 de Septiembre y 15 de Noviembre del mismo año, 31 de Octubre de 1.978, 2 de Julio y 26 de Octubre de 1.979, 6 de Noviembre y 14 de Julio de 1.981 y 26 de Febrero y 16 de Septiembre de 1.982**, pudiéndose agregar que, hasta el Código de 1.928, se exigía por la Ley que "*no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo*" y esta exigencia la reclaman hoy día, tanto la doctrina como la jurisprudencia, pese a no requerirlo la actual circunstancia 7ª, formulándose, con carácter axiomático, la siguiente proposición: "Cuando no se han agotado las vías legítimas para la salvación del bien así como cuando se recurre a un medio innecesariamente perjudicial, faltará en verdad, al presunto estado de necesidad la cualidad de absoluto" y si bien es cierto que las **sentencias de 26 de Marzo de 1.936, 13 de Marzo de 1.953, 2 de Febrero de 1.955, 9 de Diciembre de 1.957, 9 de Junio de 1.959, 31 de Enero y 11 de Febrero de 1.964, 2 de Marzo de 1.970 y 29 de Abril de 1.971**, aprecian, dicha circunstancia como incompleta, pese a no concurrir el conflicto absoluto, ello obedeció a razones psicológicas y no objetivas f) la situación de necesidad debe ser instantánea y no permanente, afirmación que es muy discutible g) desde el punto de vista subjetivo, el agente, ha de actuar impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno **sentencias de 6 de Noviembre de 1.943, 28 de Noviembre de 1.944, 10 de Marzo de 1.951, 30 de Febrero de 1.957 y 16 de Septiembre de 1.964**, es decir que es el estado de necesidad el que debe motivar el actuar psíquico del sujeto.

Finalmente, puede cerrarse esta exposición, declarando que la circunstancia 7ª opera tanto para evitar un mal propio como cuando, el sujeto activo, causa un mal para salvar a un tercero del peligro que le afecta auxilio necesario, pudiendo, el mentado auxilio necesario, referirse a la comunidad, como admite la **doctrina moderna** y se deduce del párrafo tercero de la regla segunda del artículo 20 del Código Penal, constituyendo adecuado colofón de este tema, la doctrina de las **sentencias de este Tribunal de 21 y 23 de Junio de 1.982**, las cuales exigen, para la operatividad de la eximente, que se produzca un conflicto urgente, real y efectivo, grave, actual, o inminente, inaplazable, absoluto por ser el único camino o medio para evitar el mal que se avecina y total, esto es, que, el bien en peligro, se encuentra en trance de destrucción y no de simple deterioro. En el caso del audaz golpe de mano del 23-F digno de mejor fin –dice el considerando 18 de su sentencia- se consideró que no constaba con la debida claridad, el tipo de mal, efectivo, real, actual o inminente, e inaplazable que los conjurados temían y el que era preciso evitar con la abolición, nada menos, que del sistema democrático y de la Constitución y de la sustitución del gobierno legítimo por otro encabezado por el General "Donato", sin que, se percibiera tampoco, que gravitara sobre los acusados un peligro individual concreto y determinado que amenazara destruir sus bienes jurídicos. Concediéndoles que trataran de combatir, porque lo consideraban de absoluta necesidad, peligros que se cernían sobre España como v.g. el terrorismo o el separatismo, por una parte, debían haber agotado los medios pacíficos para evitar tales males y, en cualquier caso, su actuación debía haberse proyectado directamente contra el terrorismo o contra la amenaza de destruir la unidad española, y no, aprovechar la coyuntura como pretexto, y atacar al Congreso, al Gobierno, a las Instituciones fundamentales y a la Constitución, que no eran responsables del pretendido estado de cosas insufrible para los acusados, pues el estado de necesidad requiere inexcusablemente que el mal que se teme sea conjurado o destruido sin lesión para terceros que no son, en absoluto, responsables ni constituyen la causa del mal temido y que se avecina. Procediendo, por virtud de lo expuesto, la desestimación del sexto motivo de fondo, de los formulados por el Teniente General Pepito, basado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la circunstancia 7ª del artículo 185 del Código de Justicia Militar.

8º. De los móviles morales como atenuante en conducta de rebelión militar: En cuanto que si bien los altruistas y patrióticos también lo son, no obstante, dice el considerando 134 de la sentencia del 23-F que "la subversión del orden político establecido, la rebelión contra las Autoridades constituidas, el derrocamiento del Gobierno legítimo, el secuestro de los miembros del Congreso y de los del Gobierno, el encauzamiento de la Democracia -entiéndase, sin eufemismos,

supresión de la misma- y la derogación de las libertades política y sindical, no responden a los dictados de la Ética, *entendida como la ética social del entorno comunitario*, donde la mayoría del pueblo español ha optado repetidamente por un régimen pluripartidista, con órganos representativos elegidos mediante sufragio universal, en el marco de una monarquía hereditaria y constitucional, donde se respeten los derechos individuales de la persona reconocidos por las Leyes, con libertad de creación de partidos políticos y de asociación sindical tampoco, son perceptibles, los móviles altruistas, en algunos de los acusados porque el triunfo del alzamiento debía repercutir en su favor, siendo los beneficiarios del mismo, mientras que, en los demás, se echa de menos la repercusión favorable de su conducta en el ámbito social y, en lo que respecta a los móviles patrióticos, por todos es conocida la reverencia y el culto al amor a la Patria que se tributa, a ésta, dentro del estamento militar, donde los símbolos de la misma se juran y veneran, prometiendo defender la bandera de España hasta la última gota de sangre pero, este sentimiento, que también es compartido, por los españoles *bien nacidos*, no concuerda plenamente con lo exigido por este Tribunal a la hora de interpretar lo que significan dichos móviles, puesto que es indispensable que la conducta delictiva obedezca a unas motivaciones inspiradas en el concepto de Patria, *en el que coincidan todas las ideologías y partidos*, no bastando, para la atenuación, con haber procedido guiados por unos móviles pseudo-patrióticos fundados exclusivamente en un concepto parcial de la Patria, la que no se comprende ni ama sino es con una forma de gobierno determinada y con una administración territorial que sea la personalmente querida por los delincuentes.”

9º. Del delito de desobediencia de centinela: Podemos aquí recoger el comentario hacia el art.85 del CPM, donde se encuentra recogido el tipo, de la **STS, Sala V, de 25 de noviembre de 2002**, siendo Ponente *Fernando Pérez Esteban*, que lo es relativa a *un caso ocurrido en las inmediaciones de la Calle Prim de Madrid y, concretamente en el Cuartel General del Ejército de Tierra, donde un paisano estacionó su vehículo en zona prohibida haciendo no sólo caso omiso al Cabo de Puerta de Seguridad sino que casi lo atropella tras haber descargado mercancía*, de forma que la autoría del mismo, al iniciarse la descripción típica con la fórmula “*el que*”, en lugar de la frase –nosotros diríamos locución- “*el militar que*”, porque “*es de los pocos casos en que un delito militar puede ser cometido por cualquier ciudadano, en razón del interés jurídico protegido que no es otro que la seguridad de los establecimientos militares y el buen orden de los servicios que protege el centinela, interés de trascendencia militar que ha llevado al legislador a incluir el tipo de la desobediencia o resistencia a centinela en el catálogo de los delitos que se recogen en el Código Penal Militar, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción castrense*”. La desobediencia aquí penalmente sancionable no es la de un mandato relativo al servicio que un superior militar da a un subordinado para que lleve a cabo u omita una acción. El centinela, o su asimilado el componente de una guardia de seguridad en el ejercicio de su cometido (**art. 11 C.P.M.**), *en el cumplimiento de la función de seguridad puede dirigir requerimientos o mandatos imperativos (órdenes no comprendidas en el art. 19 C.P.M.) a cualquier persona, sea militar o civil, para la efectividad de su misión*, y eso es precisamente lo que efectuó el Cabo al paisano que aparcó su vehículo en la acera frente al edificio del Cuartel General del Ejército, ordenándole que lo retirase. Además, el art. 85 del C.P.M., recogido en el Capítulo primero del Título Cuarto del Libro segundo de dicho Cuerpo legal, cuyo Capítulo primero tiene la rúbrica de “*Delitos contra centinela, fuerza armada o Policía militar*”, contiene tres párrafos -- entendiendo por tales los que vienen separados por la fórmula ortográfica del punto y aparte- y que en el primero de ellos aparecen tipificadas varias infracciones delictivas separados por incisos, delimitados por punto y seguido. En el primero de dichos incisos se tipifica la desobediencia o resistencia a obedecer a centinela; en el segundo, se describe el maltrato de obra a centinela; y en el tercer y último inciso de ese párrafo primero se establece una agravación penológica cuando esos delitos fuesen cometidos en tiempo de guerra o estado de sitio.

10º. De la cuestión procesal de las condiciones de admisión de un recurso de casación. Podemos aquí poner como ejemplo el primer FJ de la **Sentencia de la Sala V de lo Militar, de fecha 11 de Octubre de 1999**, ponente *Ángel Calderón Cerezo*, relativa al servicio de guardia de operador de cabina por un Subteniente de Ingenieros del ET, y que se fue sin autorización del acuartelamiento con su vehículo particular pidiendo la llave al Comandante de la Guardia, cuando se reafirma en decir que “*el Recurso de Casación es de naturaleza extraordinaria y excepcional* cuya función consiste en declarar la correcta interpretación de las normas legales en cada momento, dando lugar a la denominada doctrina legal a través de la cual se garantiza la seguridad jurídica. A este Recurso se accede a través de formas y motivos tasados, con estricta observancia de las normas procesales que lo regulan las que por su carácter de preceptos de orden público no pueden ser alteradas, vinculando por igual a las partes en el proceso y a los órganos

jurisdiccionales. Como tienen declarado el **Tribunal Constitucional (Sentencia 78/1999, de 26 de Abril) y esta Sala (Auto 06 de febrero de 1995 entre otros)**, aunque la forma en el Recurso de Casación debe ser objeto de interpretación flexible, para que no se convierta en un fin en sí mismo ni degenera en un formalismo estéril y enervante, ello no autoriza a prescindir de las que la Ley impone precisamente para garantizar que la Casación produzca los efectos para los que ha sido instituida. El recurrente infringe por partida doble las reglas establecidas. Primero al no atenerse en la interposición a los motivos esgrimidos en el anuncio del recurso, y luego al plantear cuestiones nuevas no suscitadas ni debatidas en la instancia - como sucede con el posible carácter de centinela atribuible al procesado-, que se traen extemporáneamente ante esta Sala sin posibilidad de verificar ahora la aplicación de la norma que antes debiera haber efectuado el Tribunal "a quo". Por ello estaría justificada la respuesta de *inadmisión recaída*".

11º. De la cuestión procesal de la "predeterminación del fallo" como motivo casacional: los términos "Unidad" y "armamento reglamentario". La **STS, Sala V de lo Militar, de 20 de noviembre de 2001**, donde fue Ponente *J.A Jiménez-Alfaro Giral*, relativa al servicio de puertas de un guardia civil en la modalidad de guardia combinada en su Unidad burgalesa, prestado con arma reglamentaria y desplazándose hasta Cáceres sin haber sido relevado por el mando, dice que "es *doctrina constante* que los conceptos usados deben ser expresiones técnico jurídicas que definan el tipo delictivo apreciado y sean asequibles solo a los juristas no siendo dicho uso propio del lenguaje común, debiendo tener relación causal con el fallo de forma que suprimidos éstos quede sin base el hecho probado y por tanto la condena devendría a ser incongruente (**Sentencias de 5 de octubre de 1.998 y 4 de octubre de 1.999 de esta Sala**). Asimismo en **sentencia de esta Sala de 28 de noviembre de 1.998**, se afirma "los conceptos predeterminados del fallo que no pueden ser incluidos en la declaración de hechos probados... son los estricta y técnicamente jurídicos... añadiendo que los conceptos en cuestión, para que el Tribunal incurra en el vicio de referencia, deben ser solo asequibles a los versados en Derecho". En el presente motivo los términos "Unidad" y "armamento reglamentario", ambos referidos al modo de prestación del servicio *no constituyen conceptos técnico jurídicos* que impidan a la persona no profesional del Derecho su pleno entendimiento, siendo expresiones de uso normal que no pueden inducir a confusión y no implicando, por tanto, predeterminación del fallo (...)" En el **Voto particular** que, sin embargo, sostiene el magistrado Ángel Calderón Cerezo, entendiéndolo por el contrario a la mayoría que *sí se debió de estar el recurso con base a esa alegación de predeterminación del fallo* por los conceptos que se utilizaron en la narración probatoria de hechos, conviene en que "se trata de conceptos o expresiones usuales antes que jurídicas, *pero en la medida en que el tipo penal se sirve de las mismas para definir el delito aplicado, su empleo reviste una dimensión técnico - jurídica* en cuanto que elementos normativos del tipo, con efectos predeterminantes del fallo según constante doctrina **de esta Sala (Sentencias 03 de abril de 2000; 30 de octubre 2000 y 18 de noviembre de 2000**, entre las más recientes) **y de la Sala 2ª (Sentencia 23 de diciembre de 1996; 11 de diciembre de 1997; 23 de febrero de 1998; 18 de noviembre de 2000 y 27 de noviembre de 2000**, entre otras)."

Nota 687: Convención Relativa a la Regulación de la Navegación Aérea, firmado en París, 13 de Octubre de 1919.

LOS ESTADOS UNIDOS, BÉLGICA, (...) han acordado lo siguiente: **CAPÍTULO I: PRINCIPIOS GENERALES. Artículo 1** Las altas partes contratantes reconocen que cada poder tiene soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo sobre su territorio. A los efectos de la presente Convención, se entenderá el territorio de un Estado como el territorio nacional, tanto que de la madre patria y de las colonias y el territorial aguas adyacentes al mismo.

Artículo 2 Contratación de cada Estado se compromete en tiempo de paz a la libertad de acuerdo de paso inocente sobre su territorio a las aeronaves de otros Estados contratantes, siempre que las condiciones establecidas en la presente Convención se observan. Se aplicará el reglamento adoptado por un Estado contratante en cuanto a la admisión en el territorio de las aeronaves de los demás Estados contratantes sin distinción de nacionalidad.

Artículo 3 Cada Estado contratante tiene derecho por razones militares o por razones de seguridad pública para prohibir las aeronaves de los demás Estados contratantes, bajo las sanciones establecidas por la legislación y sujeto a ninguna distinción en este respeto entre sus aviones privados y los de los demás Estados contratantes de sobre ciertas zonas de su territorio. En ese caso el lugar y la extensión de las zonas prohibidas serán publicados y notificados previamente a los demás Estados contratantes.

Artículo 4 Todas las aeronaves que se encuentran por encima de un área prohibida deberán, tan pronto como consciente del hecho, dar la señal de socorro en el párrafo 17 del Anexo D y tan

pronto como sea posible de la tierra fuera de la zona prohibida en uno de los aeródromos más cercanos del Estado sobrevolado ilegalmente.

CAPÍTULO II: NACIONALIDAD DE LAS AERONAVES.

Artículo 6 Los Aviones poseen la nacionalidad del Estado en el registro de que se introducen, con arreglo a las disposiciones de la sección I (c) del anexo A.

Artículo 7 Ninguna aeronave se inscribirán en el registro de uno de los Estados contratantes, a menos que pertenezca totalmente a los nacionales de dicho Estado. Ninguna empresa incorporada puede registrarse como propietario de una aeronave a menos que posea la nacionalidad del Estado en que está matriculada la aeronave, a menos que el Presidente o el Presidente de la empresa y por lo menos dos tercios de los directores posean esta nacionalidad, y a menos que la empresa cumpla con todas las otras condiciones que pueden ser previstas por la legislación de dicho Estado.

CAPÍTULO III: LOS CERTIFICADOS DE AERONAVEGABILIDAD Y COMPETENCIA.

Artículo 11 A cada aeronave dedicada a la navegación internacional, de conformidad con las condiciones establecidas en el anexo B, se le proporcionará un certificado de aeronavegabilidad expedido o convalidado por el Estado cuya nacionalidad posee.

Artículo 12 El oficial al mando, pilotos, ingenieros y otros miembros del equipo operativo de todas las aeronaves, de conformidad con las condiciones establecidas en el Anexo E, provistos de certificados de aptitud y licencias expedidos o convalidados por el Estado cuya nacionalidad posee la aeronave.

CAPÍTULO IV: INGRESO A LA NAVEGACIÓN AÉREA SOBRE TERRITORIO EXTRANJERO.

Artículo 15 Todas las aeronaves de un Estado contratante tiene el derecho a cruzar el espacio aéreo de otro Estado sin aterrizar. En este caso deberá seguir el Itinerario fijado por el Estado sobre el cual lleva a cabo el vuelo. Sin embargo, por razones de seguridad general, estará obligado a aterrizar en tierra si le es ordenado a hacerlo por medio de las señales en el anexo D. Todas las aeronaves que pasan de un Estado a otro serán, si lo requieren las regulaciones de este último Estado, compelidas a aterrizar en uno de los aeródromos fijados por este último. La notificación de estos aeródromos se dará por los Estados contratantes a la **Comisión Internacional para la navegación aérea** y se transmitirá a todos los Estados contratantes. El establecimiento de vías aéreas internacionales se someterá al consentimiento de los Estados que sobrevolaron.

Artículo 16 Cada Estado contratante tiene el derecho de establecer reservas y restricciones en favor de sus aeronaves nacionales relacionadas con el transporte de personas y mercancías de alquiler entre dos puntos de su territorio. Tales restricciones y reservas se publicarán inmediatamente y se comunicarán a la **Comisión Internacional para la navegación aérea**, que se les notificará a los demás Estados contratantes.

CAPÍTULO V: REGLAS QUE SE OBSERVARÁN A LA SALIDA CUANDO EN MARCHA Y EN EL ATERRIZAJE.

Artículo 19 Cada aeronave dedicada a la navegación internacional dispondrán de: (a) un certificado de registro de conformidad con el anexo A; (b) un certificado de aeronavegabilidad según anexo B; (c) certificados (de aptitud) y licencias del comandante, pilotos y personal (Anexo E); (d) si lleva a pasajeros, una lista de sus nombres; (e) si lleva carga, conocimientos de embarque y manifiesto; (f) registro de libros de acuerdo con el Anexo C; (g) si está equipado con la radio, las licencias especiales prescriben por el artículo 14.

Artículo 21 Después de la salida o aterrizaje de un avión, las autoridades del país tendrán, en todos los casos, el derecho a visitar el avión y verificar todos los documentos con que se debe proporcionar.

Artículo 22 Aeronaves de los Estados contratantes tendrá derecho a las mismas medidas de asistencia para el aterrizaje, particularmente en caso de dificultad, como avión nacional.

Artículo 23 En relación con el salvamento de las aeronaves que naufragó en el mar los principios del Derecho marítimo se aplicarán, en ausencia de cualquier acuerdo en contrario.

Artículo 25 Cada Estado contratante se compromete a adoptar medidas para asegurar todas las aeronaves volando por encima de los límites de su territorio y que todas las aeronaves que donde quiera que estén, que lleva la marca de su nacionalidad, deberán cumplan con las normas contenidas en el anexo D. Cada Estado contratante se compromete a asegurar el enjuiciamiento y castigo de todas las personas que violen este Reglamento.

CAPÍTULO VI: TRANSPORTE PROHIBIDO.

Artículo 26 Está prohibido el transporte de explosivos y de armas y municiones de guerra en la navegación internacional. Ninguna aeronave extranjera podrá llevar este tipo de artículos entre dos puntos cualesquiera en el mismo Estado contratante.

Artículo 27 Cada Estado puede, en la navegación aérea, prohibir o regular el transporte o el uso de aparatos fotográficos. Cualquier tal regulación se notificará inmediatamente a la **Comisión Internacional para la navegación aérea**, que deberá comunicar esta información a los demás Estados contratantes.

Artículo 28 Como medida de seguridad pública, el transporte de objetos que no sean los mencionados en los artículos 26 y 27 puede ser sometido a restricciones por cualquier Estado contratante. Cualquier tal regulación se notificará inmediatamente a la **Comisión Internacional para la navegación aérea**, que deberá comunicar esta información a los demás Estados contratantes.

CAPÍTULO VII: AERONAVES DE ESTADO.

Artículo 30 A continuación se considerará que las aeronaves de Estado: (a) aviones. (b) que se exclusivamente emplean en servicio del Estado, tales como postes, aduanas, policía. Todas las otras aeronaves se considerarán aviones privados. Todas las aeronaves que no sean militares, aduaneras y de la policía se considerarán como aviones privados y como tal se someterán a las disposiciones de la presente Convención.

Artículo 31 Cada avión comandado por una persona en servicio militar detallado para el propósito de tal índole, se considerará que es un avión militar.

Artículo 32 Ninguna aeronave militar de un Estado contratante deberá volar sobre el territorio de otro Estado contratante ni aterrizar en su territorio sin autorización especial. En caso de autorización la aeronave militar gozará, en principio, a falta de estipulación especial, de los privilegios que reciben habitualmente a los buques extranjeros de guerra. Un avión militar que se ve obligado a aterrizar o que es solicitado o convocó a la tierra por la misma razón no adquirirá ningún derecho a los privilegios contemplados en el párrafo anterior.

Artículo 33 Arreglos especiales entre los Estados interesados determinará en qué casos las aeronaves de policía y de aduanas podrán ser autorizadas para cruzar la frontera. Deberá en ningún caso derecho a los privilegios contemplados en el artículo 32.

CAPÍTULO VIII: COMISIÓN INTERNACIONAL PARA LA NAVEGACIÓN AÉREA.

CAPÍTULO IX: DISPOSICIONES FINALES.

Artículo 38 En caso de guerra, las disposiciones del presente Convenio no afectará la libertad de acción de los Estados contratantes como beligerantes o como neutrales.

Nota 688:

"Convenio de Aviación Civil Internacional" firmado en **Chicago** el 7 de diciembre de **1944**.

Preámbulo. Considerando: Que el desarrollo futuro de la aviación civil internacional puede contribuir poderosamente a crear y a preservar la amistad y el entendimiento entre las naciones y los pueblos del mundo, mientras que el abuso de la misma puede llegar a constituir una amenaza a la seguridad general; Considerando: (...) Han concluido a estos fines el presente Convenio.

PRIMERA PARTE

NAVEGACIÓN AÉREA

CAPITULO I

Principios Generales y Aplicación del Convenio

Artículo 1° Soberanía. Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio.

Artículo 2° Territorio. A los fines del presente Convenio se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado.

Artículo 3° Aeronaves civiles y de Estado:

a) El presente Convenio se aplica solamente a las aeronaves civiles y no a las aeronaves de Estado.

b) Se consideran aeronaves de Estado las utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía.

c) Ninguna aeronave de Estado de un Estado contratante podrá volar sobre el territorio de otro Estado o aterrizar en el mismo sin haber obtenido autorización para ello, por acuerdo especial o de otro modo, y de conformidad con las condiciones de la autorización.

d) Los Estados contratantes se comprometen a tener debidamente en cuenta la seguridad de la navegación de las aeronaves civiles, cuando establezcan reglamentos aplicables a sus aeronaves de Estado.

Artículo 4° Uso indebido de la aviación civil. Cada Estado contratante conviene en no emplear la aviación civil para propósitos incompatibles con los fines del presente Convenio.

CAPITULO II

Vuelo sobre Territorio de Estados Contratantes

Artículo 5° Derecho de vuelo en servicios no regulares.

Artículo 6°. Servicios aéreos regulares.

Artículo 7° Cabotaje.

Artículo 8° Aeronaves sin piloto.

Artículo 9° Zonas prohibidas:a) Cada Estado contratante puede, por razones de necesidad militar o de seguridad pública, restringir o prohibir uniformemente los vuelos de las aeronaves de otros Estados sobre ciertas zonas de su territorio, siempre que no se establezcan distinciones a este respecto entre las aeronaves del Estado de cuyo territorio se trate, que se empleen en servicios aéreos internacionales regulares, y las aeronaves de los otros Estados contratantes que se empleen en servicios similares. Dichas zonas prohibidas deberán ser de extensión y situación razonables, a fin de no estorbar innecesariamente a la navegación aérea. La descripción de tales zonas prohibidas situadas en el territorio de un Estado contratante y todas las modificaciones ulteriores deberán comunicarse lo antes posible a los demás Estados contratantes **y a la Organización de Aviación Civil Internacional.**(...) c) Cada Estado contratante puede exigir, de acuerdo con las reglamentaciones que establezca, que toda aeronave que penetre en las zonas indicadas en los párrafos a) y b) anteriores, aterrice tan pronto como le sea posible en un aeropuerto designado dentro de su territorio.

Artículo 10. Aterrizaje en aeropuertos aduaneros.

Artículo 11. Aplicación de las reglamentaciones aéreas.

Artículo 12. Reglas del aire. Cada Estado contratante se compromete a adoptar medidas que aseguren que todas las aeronaves que vuelen sobre su territorio o maniobren en él, así como todas las aeronaves que lleven la marca de su nacionalidad, dondequiera que se encuentren, observen las reglas y reglamentos en vigor relativos a los vuelos y maniobras de las aeronaves en tal lugar. Cada Estado contratante se compromete a mantener sus propios reglamentos sobre este particular conformes en todo lo posible, con los que oportunamente se establezcan en aplicación del presente Convenio. Sobre alta mar, las reglas en vigor serán las que se establezcan de acuerdo con el presente Convenio. Cada Estado contratante se compromete a asegurar que se procederá contra todas las personas que infrinjan los reglamentos aplicables.

Artículo 16. Inspección de aeronaves. Las autoridades competentes de cada uno de los Estados contratantes tendrán derecho a inspeccionar sin causar demoras innecesarias, las aeronaves de los demás Estados contratantes, a la llegada o a la salida, y a examinar los certificados y otros documentos prescritos por el presente Convenio.

CAPITULO III

Nacionalidad de las Aeronaves

Artículo 17. Nacionalidad de las aeronaves. Las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en el que estén matriculadas.

Artículo 20. Ostentación de las marcas. Toda aeronave empleada en la navegación aérea internacional deberá llevar las correspondientes marcas de nacionalidad y matrícula.

CAPITULO IV

Medidas para facilitar la Navegación Aérea

Artículo 22. Simplificación de formalidades. Cada Estado contratante conviene en adoptar, mediante la promulgación de reglamentos especiales o de otro modo, todas las medidas posibles para facilitar y acelerar la navegación de las aeronaves entre los territorios de los Estados contratantes y para evitar todo retardo innecesario a las aeronaves, tripulaciones, pasajeros y carga, especialmente en la aplicación de las leyes sobre inmigración, sanidad, aduana y despacho.

Artículo 26. Investigación de accidentes. En el caso de que una aeronave de un Estado contratante sufra en el territorio de otro Estado contratante un accidente que ocasione muerte o lesión grave, o que indique graves defectos técnicos en la aeronave o en las instalaciones y servicios para la navegación aérea, el Estado en donde ocurra el accidente abrirá una encuesta sobre las circunstancias del mismo, ajustándose, en la medida que lo permitan sus leyes, a los procedimientos que puedan recomendar la **Organización de Aviación Civil Internacional**. Se permitirá al Estado donde esté matriculada la aeronave que designe observadores para estar presentes en la encuesta y el Estado que la realice comunicará al otro Estado el informe y las conclusiones al respecto.

CAPITULO V

Condiciones que deben cumplirse con respecto a las aeronaves

Artículo 29. Documentos que deben llevar las aeronaves.

Artículo 30. Equipo de radio de las aeronaves:

Artículo 31. Certificados de aeronavegabilidad.

Artículo 32. Licencias del personal:

Artículo 33. Reconocimiento de Certificados y licencias.

Artículo 34. Diario de a bordo.

Artículo 35. Restricciones sobre la carga:

Artículo 36. Aparatos fotográficos.

CAPITULO VI (...)

Normas y métodos recomendados internacionales.

SEGUNDA PARTE (...)

TERCERA PARTE (...)

CAPITULO XVIII

Controversias e incumplimiento

Artículo 84. Solución de controversias, Si surge un desacuerdo entre dos o más Estados contratantes sobre la interpretación o la aplicación del presente Convenio y de sus Anexos que no pueda ser solucionado mediante negociaciones, será decidida por el Consejo a petición de cualquier Estado interesado en el desacuerdo. Ningún miembro del Consejo votará cuando éste trate de una controversia en la que dicho miembro sea parte. Todo Estado contratante podrá, con sujeción al artículo 85, apelar de la decisión del Consejo ante un tribunal de arbitraje ad hoc aceptado por las otras partes en la controversia, o ante la Corte Permanente Internacional de Justicia. Tal apelación se notificará al Consejo dentro de los sesenta días de recibida la notificación de la decisión del Consejo.

Artículo 85. Procedimiento de arbitraje.

Artículo 86. Apelaciones.

Artículo 87. Sanciones en caso de incumplimiento por las líneas aéreas.

Artículo 88. Sanciones a los Estados en caso de incumplimiento.

CAPITULO XIX

Guerra

Artículo 89. Estado de guerra y situaciones de emergencia. En caso de guerra, las disposiciones del presente Convenio no afectarán la libertad de acción de los Estados contratantes afectados, ya sean beligerantes o neutrales. El mismo principio se aplicará cuando un Estado contratante declare estado de emergencia nacional y lo comunique al Consejo. (...)

CAPITULO XXII

Definiciones

Artículo 96. A los fines del presente Convenio se entiende por:

a) "Servicio aéreo", todo servicio aéreo regular realizado por aeronaves de transporte público de pasajeros, correo o carga;

b) "Servicio aéreo internacional", el servicio aéreo que pasa por el espacio aéreo sobre el territorio de más de un Estado;

c) "Línea aérea", toda empresa de transporte aéreo que ofrezca o explote un servicio aéreo internacional.

d) "Escala para fines no comerciales", el aterrizaje para fines ajenos al embarque o desembarque de pasajeros, carga o correo.

Firma del Convenio

Nota 697:

CONVENIO TOKIO, SOBRE INFRACCIONES Y CIERTOS OTROS ACTOS COMETIDOS A BORDO DE LAS AERONAVES

B.O.E. num. 308 de 25 de diciembre 1969

JEFATURA DEL ESTADO. INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio sobre Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, concluido en Tokio el 14 de septiembre de 1963. JEFE DEL ESTADO ESPAÑOL, GENERALISIMO DE LOS EJERCITOS NACIONALES.

CAPITULO I

CAMPO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1. 1. El presente Convenio se aplicará a: a) las infracciones a las Leyes penales; b) los actos que, sean o no infracciones, puedan poner o pongan en peligro la seguridad de la aeronave o de las personas o bienes de la misma, o que pongan en peligro el buen orden y la disciplina a bordo. 2. A reserva de lo dispuesto en el capítulo 111 este Convenio se aplicará a las infracciones cometidas y a los actos ejecutados por una persona a bordo de cualquier aeronave matriculada en un Estado Contratante mientras se halle en vuelo, en la superficie de alta mar o en la de cualquier otra zona situada fuera del territorio de un Estado. 3. A los fines del presente Convenio se considera que una aeronave se encuentra en vuelo desde que se aplica la fuerza motriz para despegar hasta que termina el recorrido de aterrizaje.

4. El presente Convenio no se aplicara a las aeronaves en servicios militares de aduanas y de policia. **Artículo 2.** Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 4 y salvo que se requiera la seguridad de la aeronave y de las personas o bienes a bordo, ninguna disposición de este Convenio se interpretará en el sentido de que autoriza o exige medida alguna en caso de infracciones a las leyes penales de carácter político o basadas en discriminación racial o religiosa

CAPITULO II JURISDICCION

Artículo 3 1. El Estado de matrícula de la aeronave será competente para conocer de las infracciones y actos cometidos a bordo 2. Cada Estado Contratante deberá tomar las medidas necesarias a fin de establecer su jurisdicción como Estado de matrícula sobre las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves matriculadas en tal Estado. 3. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.

Artículo 4. El Estado Contratante que no sea el de matrícula no podrá perturbar el vuelo de una aeronave a fin de ejercer su jurisdicción penal sobre una infracción cometida a bordo más que en los caso siguientes:a) la infracción produce efectos en el territorio de tal Estado;b) la infracción ha sido cometida por o contra un nacional de tal Estado o una persona que tenga su residencia permanente en el mismo;c) la infracción afecta a la seguridad de tal Estado;d) la infracción constituye una violación de los Reglamentos sobre vuelo o maniobra de las aeronave vigentes en tal Estado;e) cuando sea necesario ejercer la Jurisdicción para cumplir las obligaciones de tal Estado de conformidad con un acuerdo internacional multilateral.

CAPITULO III FACULTADES DEL COMANDANTE DE LA AERONAVE

Artículo 5 1. (...)En caso de aterrizaje forzoso, las disposiciones de este capítulo continuaran aplicándose a las infracciones y actos cometidos a bordo hasta que las autoridades competentes de un Estado se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes en la misma.

Artículo 6.2. El Comandante de la aeronave puede exigir o autorizar la ayuda de los demás miembros de la tripulación y solicitar miembros de la tripulación y solicitar o autorizar, pero no exigir, la ayuda de los pasajeros, **con el fin de tomar medidas coercitivas contra cualquier persona sobre la que tenga tal derecho.** Cualquier miembro de la tripulación o pasajero podrá tomar igualmente medidas preventivas razonables sin tal autorización, cuando tenga razones fundadas para creer que tales medidas son urgentes a fin de proteger la seguridad de la aeronave, de las personas y de los bienes en la misma.

Artículo 9. 2. El Comandante de la aeronave, tan pronto como sea factible y. si es posible, antes de aterrizar en el territorio de un Estado Contratante con una persona a bordo a la que se proponga entregar de conformidad con el párrafo anterior, notificará a las autoridades de dicho Estado su intención de entregar dicha persona y los motivos que tenga para ello.

3. El Comandante de la aeronave suministrará a las autoridades a las que entregue cualquier presunto delincuente de conformidad con lo previsto en c del presente artículo, las pruebas e informes que, de acuerdo con las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, se encuentren en su posesión legítima.

Artículo 10 Por las medidas tomadas con sujeción a lo dispuesto en este Convenio, el Comandante de la aeronave, los demás miembros de la tripulación, los pasajeros, el propietario, el operador de la aeronave y la persona en cuyo nombre se realice el vuelo no serán responsables en procedimiento alguno por razón de cualquier trato sufrido por la persona objeto de dichas medidas.

CAPITULO IV APODERAMIENTO ILICITO DE AERONAVES

Artículo 11 1. Cuando, mediante violencia o intimidación, una persona cometa a bordo cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, o esté a punto de cometer tales actos, los Estados Contratantes tomarán todas las medidas necesarias para que el legítimo Comandante de la aeronave recupere o conserve el control. 2. En los casos previstos en el párrafo anterior, el Estado Contratante en que aterrice la aeronave permitirá a los pasajeros y tripulación que continúen su viaje lo antes posible y devolverá la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores.

CAPITULO V FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

Artículo 12 Todo Estado Contratante permitirá al Comandante de una aeronave matriculada en otro Estado Contratante que desembarque a cualquier persona conforme a lo dispuesto en el artículo 8. Párrafo 1.

Artículo 13 1. Todo Estado Contratante aceptará la entrega de cualquier persona que el Comandante de la aeronave le entregue en virtud del artículo 9. Párrafo 1.

2. Si un Estado Contratante considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar la presencia de cualquier persona que se presume que ha cometido uno de los actos a que se refiere el artículo 11. Párrafo 1, así como de cualquier otra persona que le haya sido entregada. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de acuerdo con las leyes de tal Estado, y se mantendrán solamente por el período que sea razonablemente necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

3. La persona detenida de acuerdo con el párrafo anterior tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo.

4. El Estado Contratante al que sea entregada una persona en virtud del artículo 9, párrafo 1, o en cuyo territorio aterrice una aeronave después de haberse cometido alguno de los actos previstos en el artículo 11 párrafo 1. Procederá inmediatamente a una investigación preliminar sobre los hechos.

5. Cuando un Estado en virtud de este artículo detenga a una persona notificará inmediatamente al Estado de matrícula de la aeronave y al Estado de que sea nacional el detenido y, si lo considera conveniente, a todos los demás Estados Interesados tal detención y las circunstancias que la justifican. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el artículo 4 del presente artículo, comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone proceder contra dicha persona.

CAPÍTULO VI

OTRAS DISPOSICIONES

Artículo 16 1. Las infracciones cometidas a bordo de aeronaves matriculadas en un Estado Contratante serán consideradas, a los fines de extradición, como si se hubiesen cometido no sólo en el lugar en el que hayan ocurrido sino también en el territorio del Estado de matrícula de la aeronave.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo anterior ninguna disposición de este Convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición.

Artículo 17 Al llevar a cabo cualquier medida de investigación o arresto u al ejercer de cualquier otro modo jurisdicción en materia de infracciones cometidas a bordo de una aeronave, los Estados Contratantes deberán tener muy en cuenta la seguridad y demás intereses de la navegación aérea evitando el retardar innecesariamente a la aeronave, los pasajeros, los miembros de la tripulación o la Carga.

Artículo 18 Si varios Estados Contratantes constituyen organizaciones de explotación en común u organismos internacionales de explotación, que utilicen aeronaves no matriculadas en un Estado determinado, designarán, según las modalidades del caso, cuál de ellos se considerará como Estado de matrícula a los fines del presente Convenio y lo comunicarán a la Organización de Aviación Civil Internacional, que lo notificará a todos los Estados Partes en el presente Convenio.

CAPÍTULO VII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 24 1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados Contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de este Convenio o de su adhesión al mismo, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo anterior. Los demás Estados Contratantes no están obligados por el párrafo anterior ante ningún Estado que haya formulado dicha reserva.

3. Todo Estado Contratante que haya formulado la reserva prevista en el párrafo anterior podrá retirarla en cualquier momento notificándolo a la Organización de Aviación Civil Internacional.

Artículo 25 Con excepción de lo dispuesto en el artículo 24 el presente Convenio no podrá ser objeto de reservas.

Artículo 26 La Organización de Aviación Civil Internacional

Nota 698:

CONVENIO PARA LA REPRESION DEL APODERAMIENTO ILICITO DE AERONAVES

Adoptada por la Conferencia de La Haya el 16 de diciembre de 1970

Entrada en vigor: 14 de octubre de 1971

PREAMBULO. LOS ESTADOS PARTES EN EL PRESENTE CONVENIO Considerando (...); **HAN CONVENIDO LO SIGUIENTE:****Artículo 1** Comete un delito (que en adelante se denominará "el delito") toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo, a) ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos b) sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos.

Artículo 2 Los Estados Contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas.

Artículo 3 1. A los fines del presente Convenio, se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque. En caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo. 2. El presente Convenio no se aplicará a las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía. 3. El presente Convenio se aplicará solamente si el lugar de despegue o el de aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, está situado fuera del territorio del Estado de su matrícula, ya se trate de una aeronave en vuelo internacional, ya en vuelo interno. 4. En los casos previstos en el artículo 5, no se aplicará el presente Convenio si el lugar de despegue y el de aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, están situados en el territorio de uno solo de los Estados referidos en dicho Artículo. 5. No obstante lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del presente artículo, se aplicarán los artículos 6, 7, 8 y 10, cualquiera que sea el lugar de despegue o de aterrizaje real de la aeronave, si el delincuente o el presunto delincuente es hallado en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de dicha aeronave.

Artículo 4 1. Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito en los casos siguientes: a) si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado, b) si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo. c) si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente. 2. Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo. 3. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.

Artículo 5 Los Estados Contratantes que constituyan organizaciones de explotación en común del transporte aéreo u organismos internacionales de explotación que utilicen aeronaves que sean objeto de una matrícula común o internacional, designarán, con respecto a cada aeronave, según las circunstancias del caso, el Estado de entre ellos que ejercerá la jurisdicción y tendrá las atribuciones del Estado de matrícula de acuerdo con el presente Convenio, y lo comunicarán a la Organización de Aviación Civil Internacional, que lo notificará a todos los Estados Partes en el presente Convenio.

Artículo 6 1. Todo Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre el delincuente o el presunto delincuente, si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de acuerdo con las leyes de tal Estado, y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

Artículo 7 El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.

Artículo 8 1. El delito se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Contratantes. Los Estados Contratantes se comprometen a incluir el delito como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro. 2. Si un Estado Contratante que subordine la extradición a la existencia de un tratado, recibe de otro Estado Contratante, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición podrá discrecionalmente considerar el presente Convenio como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido. 3. Los Estados Contratantes que no

subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el delito como caso de extradición entre ellos sujeto a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido. 4. A los fines de la extradición entre Estados Contratantes, se considerará que el delito se ha cometido no solamente en el lugar donde ocurrió, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el artículo 4, párrafo 1.

Artículo 9 1. Cuando realice cualquier acto de los mencionados en el artículo 1 a) o sea inminente su realización, los Estados Contratantes tomarán todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control. 2. En los casos previstos en el párrafo anterior cada Estado Contratante en cuyo territorio se encuentren la aeronave o los pasajeros o la tripulación, facilitará a los pasajeros y a la tripulación la continuación del viaje lo antes posible y devolverá sin demora la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores.

Artículo 10 1. Los Estados Contratantes se prestarán la mayor ayuda posible por lo que respecta a todo proceso penal relativo al delito y a los demás actos mencionados en el artículo 4

Artículo 12 1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados Contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte. 2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de este Convenio o de su adhesión al mismo, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo anterior. Los demás Estados Contratantes no estarán obligados por el párrafo anterior ante ningún Estado que haya formulado dicha reserva. 3. Todo Estado Contratante que haya formulado la reserva prevista en el párrafo anterior podrá retirarla en cualquier momento notificándolo a los Gobiernos depositarios.(...)

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, Los Plenipotenciarios infrascritos (...) firman el presente Convenio.

Nota 699:

Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 1971)

Los Estados Partes en el presente Convenio: Considerando que (...) Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1 1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente: a) realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituye un peligro para la seguridad de la aeronave; b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; c) coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; d) destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo; e) comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo; 2. Igualmente comete un delito toda persona que: a) intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo; b) sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos.

Artículo 2 A los fines del presente Convenio: a) se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque; en caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo; b) se considerará que una aeronave se encuentra en servicio desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo hasta veinticuatro horas después de cualquier aterrizaje; el período en servicio se prolongará en cualquier caso por todo el tiempo que la aeronave se encuentre en vuelo conforme al párrafo a) del presente artículo.

Artículo 4 1. El presente Convenio no se aplicará a las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía. 2. En los casos previstos en los incisos a), b), c) y e) del párrafo 1 del artículo 1, el presente Convenio solamente se aplicará, ya se trate de una aeronave en vuelo internacional, ya en vuelo interno, si: a) en lugar, real o previsto, de despegue o de aterrizaje de la

aeronave está situado fuera del Estado de matrícula; o b) el delito se comete en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de la aeronave. 3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo en los casos previstos en los incisos a), b) c) y e) del párrafo 1 del artículo 1, el presente Convenio se aplicará asimismo si el delincuente o el presunto delincuente es hallado en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de la aeronave. 4. Por lo que se refiere a los Estados mencionados en artículo 9, no se aplicará el presente Convenio en los casos previstos en los incisos a), b), c) y e) del párrafo 1 del artículo, si los lugares mencionados en el inciso a) del párrafo 2 del presente artículo están situados en el territorio de uno solo de los Estados referidos en artículo 9, a menos que el delito se haya cometido o el delincuente o el presunto delincuente sea hallado en el territorio de un Estado distinto de dicho Estado. 5. En los casos previstos en el inciso d) del párrafo 1 del artículo 1, el presente Convenio se aplicará solamente si las instalaciones y servicios de navegación aérea se utilizan para la navegación aérea internacional. 6. Las disposiciones de los párrafos 2, 3, 4, y 5 del presente artículo se aplicarán también en los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 1.

Artículo 5 1. Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los casos siguientes: a) si el delito se comete en el territorio de tal Estado; b) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; c) si la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; d) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener la oficina, su residencia permanente. 3. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.

Artículo 6 1. Todo Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el delincuente o el presunto delincuente, si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de acuerdo con las leyes de tal Estado, y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. 2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos. 3. La persona detenida de acuerdo con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo. 4. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican, a los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 5, al Estado del que sea nacional el detenido y, si lo considera conveniente, a todos los demás Estados interesados. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo, comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

Artículo 7 El Estado en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter con la legislación de tal Estado.

Artículo 8 1. Los delitos se considerarán incluidos entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados contratantes. Los Estados contratantes se comprometen a incluir los delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro. 2. Si un Estado contratante, que subordine la extradición a la existencia de un tratado, recibe de otro Estado contratante, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar el presente Convenio como la base jurídica necesaria para la extradición referente a los delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el Derecho del Estado requerido. 3. Los Estados contratantes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos como caso de extradición entre ellos, sujeto a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido. 4. A los fines de la extradición entre Estados contratantes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con los incisos b), c) y d) del párrafo 1 del artículo 5.

Artículo 9 Los Estados contratantes que constituyan organizaciones de explotación en común del transporte aéreo u organismos internacionales de explotación que utilicen aeronaves que sean objeto de una matrícula común o internacional, designarán, con respecto a cada aeronave, según las circunstancias del caso, el Estado de entre ellos que ejercerá la jurisdicción y tendrá las

atribuciones del Estado de matrícula de acuerdo con el presente Convenio y lo comunicará a la Organización de Aviación Civil Internacional. Que lo notificará a todos los Estados partes en el presente Convenio.

Artículo 10 1. Los Estados contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el Derecho Internacional y sus propias leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1. 2. Cuando, con motivo de haberse cometido un delito previsto en el artículo 1, se produzca retraso o interrupción del vuelo, cada Estado contratante en cuyo territorio se encuentren la aeronave, los pasajeros o la tripulación, facilitará a los pasajeros y a la tripulación la continuación del viaje lo antes posible y devolverá sin demora la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores.

Artículo 11 1. Los Estados contratantes se prestarán la mayor ayuda posible por lo que respecta a todo proceso penal relativo a los delitos. En todos los casos, la ley aplicable para la ejecución de una petición de ayuda será la ley del Estado requerido. 2. Sin embargo, lo dispuesto en el párrafo precedente no afectará a las obligaciones derivadas de cualquier tratado bilateral o multilateral que regule, en todo o en parte, lo relativo a la ayuda mutua en materia penal.

Artículo 12 Todo Estado contratante que tenga razones para creer que se vaya a cometer un delito previsto en el artículo 1, suministrará, de acuerdo con su ley nacional, toda la información pertinente de que disponga a los demás Estados que, en su opinión, sean los mencionados en el párrafo 1 del artículo 5.

Artículo 13 Cada Estado contratante notificará lo antes posible al **Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional**, de conformidad con su ley nacional, cualquier información pertinente que tenga en su poder referente a: a) las circunstancias del delito; b) las medidas tomadas en aplicación del párrafo 2 del artículo 10; c) las medidas tomadas en relación con el delincuente o el presunto delincuente y, especialmente, el resultado de todo procedimiento de extradición u otro procedimiento judicial.

Artículo 14 1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterá a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte. 2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de este Convenio o de su adhesión al mismo, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo anterior, Los demás Estados contratantes no estarán obligados por el párrafo anterior ante ningún Estado que haya formulado dicha reserva. 3. Todo Estado contratante que haya formulado la reserva prevista en el párrafo anterior podrá retirarla en cualquier momento notificándolo a los Gobiernos depositarios.

(...) Hecho en **Montreal**, a los 23 días del mes de setiembre de **1971**, en cuatro originales, cuyos textos en inglés, francés, ruso y español son igualmente auténticos.

PROTOCOLO

PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS DE VIOLENCIA EN LOS AEROPUERTOS QUE PRESTEN SERVICIO A LA AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL, COMPLEMENTARIO DEL CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACIÓN CIVIL, HECHO EN MONTREAL EL 23 DE SEPTIEMBRE DE 1971

Montreal, CANADÁ

24 de febrero de 1988

Los Estados Partes en el presente protocolo, Considerando que (...) Han convenido en lo siguiente:

Artículo I Este Protocolo complementa el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971 (que de aquí en adelante se denomina "el Convenio") y, para las Partes de este Protocolo, el Convenio y el Protocolo se considerarán e interpretarán como un solo instrumento.

Artículo II 1. Añádase al artículo 1° del Convenio el siguiente párrafo 1 bis: "1 bis. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente, utilizando cualquier artefacto, sustancia o arma: a) ejecute un acto de violencia contra una persona en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional, que cause o pueda causar lesiones graves o la muerte; o b) destruya o cause graves daños en las instalaciones de un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional o en una aeronave que no esté en servicio y esté situada en el aeropuerto, o perturbe los servicios del aeropuerto, si ese acto pone en peligro o puede poner en peligro la seguridad del

aeropuerto".2. En el inciso a) del párrafo 2 del Artículo 1 del Convenio, insértese "o en el párrafo 1° bis" después de "en el párrafo 1°".

Artículo III Añádase al artículo 5° del Convenio el siguiente párrafo 2 bis: (...)

Hecho en **Montreal** el día veinticuatro de febrero del año **mil novecientos ochenta y ocho**, en cuatro originales, cada uno de ellos integrado por cuatro textos auténticos en los idiomas español, francés, inglés y ruso.

Nota 704: Amnistía Internacional y Human Rights Watch cuestionan su legalidad en los casos de los realizados por los EE.UU en *Pakistán* y *Yemen* así como el argumento de dicha potencia en el sentido de que apenas causan víctimas civiles. Según un Informe de *Amnistía internacional* titulado "*¿Seré yo el próximo? Ataques estadounidenses en Pakistán*", donde investigó 45 bombardeos en la zona de *Waziristán* del Norte entre enero de 2012 y agosto del mismo año, explica que no está claro si EE.UU actúa en el marco de un conflicto armado, en cuyo caso se aplicaría la ley humanitaria internacional (también conocida como ley de guerra). De lo contrario, tendría que atenerse a la ley internacional de derechos humanos. De todas formas, recuerda que "*matar a un civil que no está directamente implicado en acciones hostiles es una privación arbitraria de la vida*" y que, según su portavoz (*Mustafa Qadri*) al presentar ese Informe manifestase que "*el secretismo que rodea al programa de drones da a la Administración de EE.UU licencia para matar fuera del alcance de los tribunales o de los principios básicos de la legislación internacional. Ha llegado la hora de que EE.UU se explique al respecto y exija responsabilidades a los responsables de esas violaciones*". Sin embargo, en réplica de la Casa Blanca reiteró el 22 de octubre de 2003 que el uso de esas aeronaves es "*legal, preciso y eficaz*". *Amnistía* admite que bajo la ley humanitaria internacional no todas las muertes civiles que se producen son ilícitas. Sin embargo, entiende que su trabajo revela que no se toman suficientes precauciones para proteger a los civiles ni se compensa a las víctimas cuando se producen errores. Vid. **El País de 23 de octubre de 2003, Sección Internacional, p.5**: "*Los drones abren fuego indiscriminado*".

Nota 706: En *África* la tiene en *Niamey (Níger)* desde el año 2012. Ahora bien, según **El País de 12 de julio de 2013, Sección Internacional, p.4**: "*EE.UU abre una nueva era en defensa*" el día 10 de julio de 2013 un avión no tripulado de la armada estadounidense (el *drone* X-47B) realizó el primer aterrizaje en portaaviones de manera totalmente autónoma, sin estar pilotado de manera remota por el ser humano, acontecimiento de gran trascendencia no sólo técnica **sino por las nuevas posibilidades que se le abren a EE.UU de ampliar su programa de drones al poder utilizarlos sin necesidad de contar con la autorización de Gobiernos extranjeros para disponer de sus bases desde las que realizar operaciones al exterior**. Este nuevo *drone* guiado únicamente por satélite de navegación, un *software* de vuelo avanzado y una red de conexiones de alta seguridad, ayudará a la Armada a transformar la aviación naval, permitiendo desarrollar portaviones más versátiles y claves en la estrategia militar de los EE.UU en *Oriente Próximo, el norte de África y El Pacífico*. Este vuelo ha demostrado que los portaaviones pueden convertirse en bases permanentes y pistas de aterrizaje de *drones* para desplegar, directamente desde su cubierta, operaciones de vigilancia y prevención antiterrorista, sin necesidad de depender de bases en suelo extranjero, como ocurre ahora con los *drones* con que sobrevuelan *Iraq, Afganistán, Pakistán y Yemen*. **La ampliación de programas de drones** llega en esas fechas en medio de una fuerte polémica, dentro y fuera de los EEUU, por su **carácter secreto**: El Presidente *Obama* había anunciado antes, en *mayo*, su disminución de tales operaciones en el extranjero y una mayor transparencia... Sin embargo, puede que haya complacencia en general porque los líderes políticos ven con esto **una revolución tanto en la acción militar como en el propio espionaje** toda vez que, en definitiva, esperan que con esas acciones haya una mayor capacidad de defensa de los intereses nacionales sin poner a prueba el estómago de las opiniones públicas al ahorrar sangre propia. Como contrapartida, los analistas temen que la robotización de la guerra la deshumanice aún más.

Nota 714: A fines de septiembre de 2011 un grupo de drones estadounidense despegó en el Sur de *Arabia Saudí*, cruzaron la frontera de *Yemen* y poco después estaban sobrevolando un convoy de camiones en un terreno desértico de la provincia de *Jawft*. Un grupo salió corriendo para subirse a sus camiones. Uno de ellos era *Anuar el Aulaki*, el predicador instigador, nacido en *Nuevo México* (EE.UU), que había pasado de ser un promotor del odio en Internet a convertirse en jefe de célula de la rama de *Al Qaeda* en *Yemen*. Otro de ellos era *Samir Khan*, otro estadounidense trasladado a *Yemen* desde *Carolina del Norte* y creador de la revista *Inspire*, la revista de Internet en inglés del grupo de militantes. Dos de los *drones Predator* dirigieron sus láseres a los camiones

para señalar los objetivos, mientras que los *drones Reapers*, más grandes, apuntaron. **Los pilotos estaban a miles de Kilómetros de distancia y los lanzaron. Fue la culminación de muchos años de meticuloso trabajo de espionaje. Dieciocho meses después, a pesar de los esfuerzos de Obama por mantenerla en secreto, esa decisión ha sido objeto de debate a raíz del nombramiento del asesor del Presidente en materia antiterrorista John O. Brennan, como jefe de la CIA.** *Aulaki*, de 40 años, fue investigado primero por el FBI en 1999 y después del 11-S. Un año más tarde, tras salir de los EE.UU, abrazó la idea de que su tierra natal estaba en guerra contra el islam. En diciembre de 2009 un joven nigeriano, *Umar Faruk Abdulmutalab*, trató de hacer que explotara un avión cuando se aproximaba a *Detroit*, pero no lo consiguió. El terrorista en potencia dijo que después de que fuese a *Yemen* a buscar a *Aulaki*, su héroe en Internet, le dio su visto bueno para realizar una misión suicida y le ordenó que hiciese detonar una bomba sobre el territorio estadounidense, según documentos judiciales. Con las declaraciones del nigeriano detenido, las autoridades estadounidenses tenían la confirmación de que *Aulaki* era claramente un conspirador directo y no sólo un propagandista peligroso. Los Abogados de la Oficina de la Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia concluían que *Aulaki* era un objetivo legítimo porque estaba participando en la guerra con *Al Qaeda* y también porque suponía una amenaza concreta para el país. Aunque en agosto del 2010 el padre de *Aulaki* interpuso una demanda contra el Plan de matar a su hijo un juzgado la desestimó.

Nota 729: Las *Naciones Unidas* han estado trabajando con el Gobierno Federal de Transición (TFG) de ese Estado africano y fallido para restaurar su ley y el orden tanto en el interior como en sus aguas territoriales. Si se piensa en el aumento gradual de los incidentes de abordaje pirata que han tenido lugar en aguas lejanas a las costas somalíes desde el año 2005 no es de extrañar que el Consejo de Seguridad adoptara **la Resolución 1816:** (Vid Anexo). Esta Resolución buscaba expresamente dar una respuesta a la amenaza dirigida por la piratería *somalí*. Al reconocerse en ella la incapacidad del citado Gobierno (TFG) para “*interceptar*” la piratería y asegurar la estabilidad de la navegación en sus rutas, lo que supone una seria amenaza para la paz y seguridad en la región, **el Consejo de Seguridad autorizó la actuación conjunta de los Estados con el Gobierno (TFG) local para entrar en las aguas territoriales del país africano**, todo ello con el fin de reforzar la lucha contra la piratería y el robo armado. De acuerdo con esta novedosa iniciativa el Consejo de Seguridad no tuvo más remedio que reconocer la incapacidad de *Somalia* de proporcionar una mínima seguridad marítima dentro de sus propias aguas, así como la necesidad de la Comunidad Internacional de tener que llevar a cabo en ellas con eficacia una labor policial y operativa-combinada-conjunto-coordinada. La Resolución 1816, además, fue prorrogada por un año más por **Resolución 1846** y otras posteriores que ya aludimos.

Nota 731: El profesor **Donald R. Rothwell** en su artículo “*piratería marítima y ley internacional*” que publicó -como especialista en la Ley del Mar- en su Universidad Nacional de *Canberra* (*Australia*), apunta las siguientes: **Primera, se hace necesaria una reforma significativa de la ley, del orden y del Gobierno en Somalia**, reforma que tenga por objetivo erradicar las condiciones conspirativas que han permitido hacer florecer el fenómeno de la piratería. El poder allí de *la Comunidad Internacional*, manifestado *vía mandato de Naciones Unidas* para proveer una seguridad marítima cierta en todas las costas de *Somalia*, está de alguna manera dirigido para sofocar la amenaza actual que supone este fenómeno. **En segundo lugar, el establecimiento de un régimen legal que sea más completo en el sentido de que resulta esencial la contemplación de todas las amenazas de la seguridad marítima.** *Esta regulación necesitaría evaluar cuáles son las ventajas y desventajas relativas al reconocimiento de una jurisdicción universal por parte de todos los Estados que estén implicados en responsabilizar a las personas que cometan tal clase de actos, actos que en definitiva son contrarios al derecho de soberanía propio de todo Estado.* La situación a día de hoy en *Somalia* es única y esto explica de algún modo cómo las *Naciones Unidas* han podido ir y llegar tan lejos en sus últimas iniciativas. En cualquier caso, todos los Estados necesitan tener la competencia respaldada por la ley internacional para procesar personas que perpetren actos de violencia contra barcos extranjeros en todas sus diferentes formas, excepto dentro de las aguas interiores de otros Estados. Por otra parte, y sin embargo, mientras que los Estados puedan estar preparando la oferta de su apoyo militar para asegurar una navegación estable y segura, lo cierto es que, como de hecho ha ocurrido en *Somalia*, algunos Estados serán reacios al procesamiento pretendido respecto de otros delincuentes porque sus regímenes legales no son del todo propicios técnicamente o por consideraciones simplemente políticas. Con el fin de encauzar esos asuntos se están explorando algunas nuevas iniciativas. Los EE.UU y el Reino Unido firmaron acuerdos¹ con *Kenia* en cuya virtud se permite la extradición de

los piratas de ese país para ser juzgados allí. Tales acuerdos se firmaron para facilitar una inmediata detención y la transferencia de custodia de los *keniatas* sospechosos de piratería en favor de la justicia penal de ese país. A mediados de Febrero (2009), la fuerza naval norteamericana en el Golfo de Adén detuvo más de doce piratas sospechosos que de hecho serían los “*chivos expiatorios*” de esos nuevos pactos. La detención de piratas por españoles un mes más tarde y la polémica que se creó entre el Juez *Andreu* de la Audiencia Nacional y el M^o de Defensa y el de AA.EE revela que, por mucho que no se quiera, en materia de seguridad la Unión Europea va generalmente a remolque de EE.UU, toda vez que después se supo notoriamente que también hizo lo propio: firmar similares acuerdos con *Kenia*. **Tercero**, esos hechos plantean **la cuestión de si ya es el momento para considerar la creación de un Tribunal Internacional Penal especializado en la piratería**. Con el reconocimiento de este fenómeno por el Consejo de Seguridad al suponer una amenaza a la Paz y Seguridad Internacional, y al estar preparado para responder a tales desafíos utilizando para ello los poderes que le otorga el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, un pequeño paso sería por su parte establecer un Tribunal Internacional *Ad Hoc* sobre la piratería. Dicha Corte de Justicia conseguiría procesar a los individuos a quienes se les reprochara semejantes cargos según la calificación de **la Convención** o la de los crímenes contrarios a la navegación internacional que estén en vigor según **la Convención de 1988**. Todos los Estados tendrían dada así la orden de asegurar no sólo la estabilidad y seguridad de las aguas adyacentes a *Somalia* sino también de detener, retener o arrestar y extraditar a los sospechosos del cargo de hechos que inclusive pudieran ser juzgados por piratería delante de ese Tribunal. Tal iniciativa resolvería por un lado las particulares dificultades encontradas en la ley *somalí* y que obstaculizan la plena erradicación de este fenómeno, mientras que por otro lado proporcionaría a la Comunidad Internacional un clima más favorable de aceptación en el procesamiento de los sospechosos del cargo de piratería. A diferencia que en el caso de los Tribunales *Ad Hoc* de *Ruanda* o la *ex Yugoslavia*, activar el Tribunal de piratería Internacional sería relativamente barato. Los procesos también serían menos complejos como lo evidencia el que la conciencia del apoyo requerido sería similar al de la ley penal nacional y su aplicación en los complejos juicios penales internacionales sería similar al caso de los crímenes de guerra. Esto en el bien entendido de que podría ser una solución provisional y si hubiera la necesidad prever crear un Tribunal internacional permanente contra la piratería, o que el estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional pudiera ser modificado para ampliar su competencia a tal fenómeno, solución esta última que requeriría un consideración técnico-jurídica y política de mayor detalle.

Nota 741: Artículo 14 *Todos los Estados deberán cooperar en toda la medida de lo posible a la represión de la piratería en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado.* **Artículo 15** *Constituyen actos de piratería los enumerados a continuación: 1) Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido: a) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos. b) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado. 2) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata. 3) Toda acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionalmente a cometer los actos definidos en los párrs. 1 y 2 de este artículo.* **Artículo 16** *Se asimilan a los actos cometidos por un buque privado los actos de piratería definidos en el art. 15, perpetrados por un buque de guerra o un buque del Estado o una aeronave del Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave.* **Artículo 17** *Se consideran buques y aeronaves piratas los destinados, por las personas bajo cuyo mando efectivo se encuentran, a cometer cualquiera de los actos previstos por el art. 15. Se consideran también piratas los buques y aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos, mientras que se encuentren bajo el mando efectivo de las personas culpables de esos actos.*

CAPÍTULO III

Nota 761: Entre otras conclusiones, por lo que a este tema se refiere, ya se dijo “que sería conveniente que, a imagen y semejanza del modelo norteamericano, por ejemplo, se creara una Corporación privada multinacional para hacer efectivo en sus justos términos el beneficio de justicia jurídico-gratuita a nivel Internacional. Entre las cuestiones circundantes de este trabajo nos hemos centrado en el derecho de defensa del acusado ante la Corte. En un breve esquema apuntaremos nuestras conclusiones mediante los siguientes guiones que, por sí solos, darían de sí para otros trabajos:- Que entre las cuestiones sustantivas de la defensa, por un lado, aquí sólo se ha hecho estudio parcial de algunos de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma (ER), y por otro, respecto a las causas de justificación hay que tener en cuenta que al no estar tasadas obliga al letrado a tener en consideración las defensas que a lo mejor en España no se admitirían.- Que en las cuestiones procesales de la defensa cobran una vital importancia los nexos de jurisdicción, la jurisprudencia de intereses y el “forum shopping”. A pesar de ser muy difícil que se den los conflictos de jurisdicción entre jurisdicciones nacionales (por estar tratados como un subsistema jurídico pleno en el propio Estatuto los llamados órdenes de prelación), no obstante, creemos que al haber todavía Estados No partes y que en un futuro puedan ser cooperantes, la asunción de una función arbitral del Tribunal Penal Internacional (en adelante,TPI) -preceptivamente estipulada con un Acuerdo previo con el Consejo de Seguridad de la ONU y Resolución al efecto, a no ser que la asumiera el TIJ (jurisdicción voluntaria)- aumentaría su pretensión de llegar a una Justicia cuasi-universal.- Que entre las lagunas del Derecho Penal Internacional está la dificultad de completar con carácter uniforme e igualitario, en garantía de seguridad jurídica para todo justiciable, los conceptos jurídicos indeterminados que, por ejemplo, con frecuencia se contemplan en el Derecho de la Guerra, pero sólo con el consuetudinario por esa misma razón. Esto hace que incluso haya crímenes por sí mismos a lo mejor escandalosamente no tipificados a efectos de la jurisdicción del TPI. Caso de la utilización del arma nuclear, del atentado a bienes culturales de la humanidad, etc.- El problema de la “razón de Estado” como impedimento a la defensa de poder aportar en juicio pruebas documentales de Seguridad Nacional acreditativas de su versión. Ni siquiera un Juez está por sí solo en disposición de decidir sobre tal materia, cuya competencia es ejecutiva antes que judicial (de acuerdo con el principio de separación de poderes) de hasta un Estado de Derecho. Otra cosa será la argumentación dada como control judicial de esa decisión gubernativa.- Las legislaciones de emergencia se subordinan a una situación especial previamente reglada y subordinada internacionalmente a la propia esencia estatal que pretenden defender, dentro de ella el consentimiento ya dado al TPI por Tratado si se trata de un Estado Parte, no si no lo es.- Que una de las premisas de estudio del derecho de la defensa que siempre se debe de hacer es la perspectiva deontológica, así en lo que atañe a la compatibilidad de funciones y cargos y la imprudencia profesional y “del” profesional, sin olvidar el juego que en orden a una buena administración de la Justicia Internacional también pueden jugar los Colegios de Abogados y, por supuesto, el turno de oficio.”

Nota 762: Habrá países que sí y otros que no, depende de sus políticas, lo que en definitiva afectará a sus Reglas de Enfrentamiento. Pues bien, todo aquel jurídico militar que haya estado en Afganistán, por ejemplo, sabe que en Misiones hay que estar sobre todo atentos a que nadie colabore con cultivadores de drogas (amapolas). En este punto no hay que confundir legislación militar – aquella de la que por su flexibilidad también se puede sacar de su propia naturaleza el máximo provecho- con la estricta doctrina militar: combatir el comercio ilegal de tales sustancias se trata de una lucha lícita de Derecho Necesario y de Gentes (ius cogens), aunque (positivamente) la mayoría de legislaciones militares internas de los países no la recojan de forma expresa como “combate” en cuanto que, tal clase de comercio, un enemigo al fin y al cabo ya visible y real, es contrario al orden público y perturba la Seguridad; es decir, amenaza hasta tal punto tales valores que no se conoce Juez que falle en sentido contrario. Por convicción todos reconocemos en nuestro fuero interno que la erradicación de cultivos de dormideras y marihuana por el Ejército es algo bueno que entendemos que hoy ha llegado a cristalizarse en una costumbre internacional. Esto es así incluso aunque los miembros del Ejército, por las razones que sean y que aquí no vienen al caso, puedan no ser unos guerreros fervorosos contra ellas al no sentirse, en definitiva, preparados para una lucha, la de la droga, que en determinados países hoy es la única posible de definirse en términos políticamente correctos como de auténtica “guerra”, es decir, la única que al militar le sirve en todo caso como excusa para justificar ya la necesidad de sus crecientes recursos y se cuente con él por sus dos habilidades más específicas: su formación en el manejo de las armas y la

obediencia debida. La persuasión argumental en la defensa de la participación de los militares en esta tarea se ve aumentada, además, porque para ello no se necesita gente especializada, porque la utilización de las armas en la mayoría de las ocasiones será muy escasa (aspecto que facilitará el fácil acuerdo de unas reglas de enfrentamiento conjuntas u homogéneas), y porque, aunque los militares puedan o no manejar la hoz de siega con mayor destreza que los civiles, la erradicación de tales cultivos (o de labores similares, así las de simple limpieza de estercoleros del personal nativo ... que no lo hace por sí mismo) suponen una actividad intensiva de mano de obra que en el Ejército ya se encuentra pagada, supone crédito de simpatía local y es fácilmente disponible (sin ir más lejos, por no tener derecho a la huelga). Pero si no se combate la corrupción y, quizá, si no se proponen cultivos alternativos a esas sustancias (por ejemplo, el azafrán) que mengüen las pérdidas de su falta de siembra, el pronóstico es que esa guerra podría estar destinada al fracaso, al menos desde el punto de vista económico: aunque la amapola y sobre todo la marihuana se adaptan a cualquier tipo de terreno el hecho incontestable es que su cultivo prolifera precisamente allí donde se asientan Fuerzas Armadas. Nunca está de más decir que Éstas conviven con el enemigo, que a veces incluso lo tienen dentro. ¿Por qué? Porque una alta presencia castrense en una determinada área implica que el coste medio de la protección (los pagos por corrupción a funcionarios locales, entre ellos también militares) se reduzca. Allí la utilidad marginal de su coste se hace precisamente decreciente y, por tanto, será más barata su producción que en otros territorios: con que sólo haya militares fácilmente corruptos por “menudeos” el enemigo se evita pagar otras “mordidas”, aquellas que en otro caso tendrían. Por ello, sabiendo que esa “carne de cañón” puede ser una presa fácil del enemigo, por la vía del “delito provocado”, y con el apoyo de la inteligencia y el jurista, el mando puede confeccionar el cebo de un determinado personal propio seleccionado e idóneo con el que, sin que nadie más lo sepa, ni siquiera los que hayan sido elegidos, el enemigo pueda morder la manzana de Adán y poner un pie en falso en la añagaza creada, es decir, así descubrirlo, redarlo y acorralarlo hasta desactivarlo, consiguiéndose además lo que para nosotros es dignificar la utilidad máxima de todos los recursos personales sin discriminación alguna en el Ejército, es decir, incluso de los que para el mando son de una ínfima confianza. Con ocasión de la labor de instrucción realizada por militares españoles a miembros del Ejército afgano, por ejemplo, en la medida en que no nos consta que pueda haberse hecho debiera a nuestro juicio contemplarse en la práctica esta hipótesis en coordinación con los ejércitos aliados, estudiarla, averiguar los riesgos, potenciar las posibilidades así como las de su éxito o fracaso.

Nota 766: Veamos algunas de ellas: A) Cuando un soldado u oficial - sometido como tal a una jurisdicción especial militar (sobre todo en algunos delitos) en casi todos los países occidentales (quizá la única exclusión es Alemania)- comete un crimen en otro país estando en una unidad militar o en unas maniobras, ¿qué ocurre? Aquí existe una pugna estatal en dos puntos esenciales de su soberanía (el militar y el jurisdiccional). Por un lado, la soberanía del país anfitrión, que busca enjuiciar todo crimen cometido en su territorio, sobre todo, contra sus ciudadanos (extensión de la soberanía que algunos Estados expanden fuera de su territorio, como los EE.UU). Por otro, el país visitante o interviniente querrá regirse por «Ley de la bandera», que es definida por el SOFA OTAN como el principio según el cual *«las FAS de un país soberano están protegidas por los colores de su bandera y llevan consigo un privilegio de extraterritorialidad por el que quedan íntegramente sometidas a la jurisdicción del Estado que las envíe e íntegramente exentas de la del Estado en cuyo territorio se encuentran»*. En el SOFA OTAN, básicamente, rige el principio de la bandera cuando se trata de delitos intraorganizativos, es decir que atentan contra los intereses militares o de servicio del país, llamémosle, interviniente. En cambio, si se trata de delitos comunes, sancionados en ambos ordenamientos, la regla de conflicto es que la jurisdicción del país de acogida tiene prioridad, aunque también es común que el país del presunto criminal, solicite la renuncia de jurisdicción (que, normalmente, se concede para que, a su vez, cuando ese país esté en la situación inversa ocurra lo mismo). Como es razonable en misiones bélicas o de intervención, la regla general e inflexible es la de la bandera. Similares reglas existen para los casos de detención de un soldado extranjero por parte de las autoridades del país anfitrión que tendrán que cumplir una serie de requisitos para entregarlo, cuanto antes, a las autoridades militares de su país. Existen, no obstante, importantes lagunas y puntos de fricción. La UE, que carece de SOFA propio, es partidaria de someter todo a la jurisdicción del país anfitrión (de acuerdo con los principios comunitarios y a los avances en el tercer pilar: justicia, policía e interior). Y, sobre todo, es importante destacar el amplio movimiento de la UE, liderado por Francia, para hacer un estatuto completo en el que todo quedase previsto y juzgado por autoridades comunes multinacionales, sin llegar al conflicto entre la ley territorial y la de la bandera, lo que evitaría desigualdades y estaría en perfecta sintonía con el espíritu de la UE (cuestiones de las que ya han ocurrido unas cuantas

situaciones complejas en diversos países de la OTAN).B) En el aspecto de organización interna (régimen administrativo de la carrera y profesión militar y régimen disciplinario), la situación es muy fácil porque se rige por la Ley de la Bandera; aunque aquí, para el Eurocuerpo, se ahorrarían muchos problemas si se renunciase a todo lo particular: uniforme, armas, doctrinas, etc. y todo fuese unívoco (como lo era en el Pacto de Varsovia y como, con tanto esfuerzo —el Boletín Oficial de Defensa está repleto de *statues of normalization agreements* (STANAGS) o acuerdos de normalización de material, doctrinas y procedimientos dictados por la OTAN— se ha intentado en la OTAN. Esto, desde el punto de vista de la eficacia logística y táctica, es decir, militar, sería estupendo. Además, un gran problema en maniobras y operaciones es, a este respecto, la diversidad de dependencias disciplinarias y jerárquicas entre las tropas aliadas (un mando extranjero no puede sancionar a un soldado de otro país, sino que se somete a un complejo proceso de denuncia y, luego, se le somete a un proceso de repatriación y de sanción en la propia unidad). Muchos otros son los problemas que se plantean. Tan solo cabe citarlos: pasaportes y visados, registro de extranjeros; documento de identidad, validez de los permisos de conducir, armas, etc.; reglamentación portuaria y aeroportuaria para la entrada y salida de objetos; las tasas y, en general, el régimen de aduanas; el uso colectivo de redes de tránsito (carretera o ferrocarril... piénsese que una unidad militar propia podría quedar empantanada en otro país con motivo de una huelga de servicios en aquel lugar, como ya ha ocurrido); compras de bienes; contratación de civiles para mano de obra o de expertos (abogados, traductores, contables, médicos). De un modo similar es muy importante regular el traslado, introducción y utilización de armas personales (y colectivas, por supuesto)". En suma: Las autoridades responsables del desplazamiento de efectivos será sabedora de que incidentalmente también se podrán encontrar con problemas logísticos, que los nativos de Zona efectúen reclamaciones patrimoniales por muchos y variados motivos (daños personales y materiales por culpa de acciones de su contingente en casos de manifestaciones locales, por el paso y el tráfico de sus convoyes, su posible falta de respeto al medio ambiente, etc.), entre las cuales sobresalen los accidentes de circulación y, en su directa relación, por tratarse de un caso operacional paradigmático, hasta con posibles atentados (Puede verse al respecto **PERRUCA ALBADALEJO, V.** (2006). Estudios de derecho judicial, ISSN 1137-3520, N.º. 112, (Ejemplar dedicado a: Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios), pp. 417-440.) que por motivo de ella puedan sufrir.

Nota 767: Suelen discurrir desde los médico-legales, con motivo, por ejemplo, de las evaluaciones sobre la aptitud psicofísica en los Tribunales Médicos- así en un Expediente de lesiones para determinar si hay relación de causa-efecto con motivo del servicio-, pasando por los de apoyo a la conciliación de la vida familiar, destinos, e, incluso, podrían serlo no sólo los asuntos públicos administrativos, sino cualquier otro civil en su extensión más amplia como pueda ser hasta el caso de una nulidad, disolución o separación matrimonial, el de una adopción (que a veces pueda hasta tener lugar en el extranjero), el del posible reproche de una supuesta filiación, el cambio de nombre o las sucesiones testamentarias, así como en relación a esto último la preparación de documentos legales tales como autenticar notarialmente documentos, redactar poderes de representación general o especial, testificar testamentos ológrafos, revisar contratos y concesiones, o, por último, y sin perjuicio de todo aquello que novedosamente se pueda plantear (ambiente y consumo), hasta del asesoramiento personal en materia económica y financiera (la declaración de la renta, tasas y otros tributos directos o no). Es decir, también Derecho Privado. En el ámbito financiero, con ocasión de las III Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa -**MARTÍN VICENTE, M.A** (2001) "*El Estatuto de las Fuerzas desplazadas*", p.734, en Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares, editado por MINISDEF, Abril del 2001)- se señala en el apartado 7 sobre el Estatuto de las operaciones de carácter humanitario en la que España participa a título individual que "(...) *aunque pueda sorprender, a falta de dicho estatuto, nuestras fuerzas –pese a su finalidad- se ven sometidas al requerimiento del pago de tasa de aeropuertos, puertos, impuestos de todo tipo, dudas en cuanto a la validez de nuestros permisos de conducción, limitaciones en cuanto a las propias actividades a desarrollar por miedo a que un accidente pueda suponer la detención y encarcelamiento de un miembro de la unidad y que quede sometido a un sistema judicial que suscita razonables dudas en cuanto a su agilidad y las garantías que contempla, etc. Por otro lado, hay que señalar que en ocasiones la aplicación estricta de la ley a los extranjeros (pese a que de hecho prácticamente no se aplique más allá de la capital del país) forma parte del orgullo nacional de un país (leyes que en ocasiones sorprenden por su modernidad pues están inspiradas en la legislación de su antigua metrópoli aunque luego en su aplicación práctica se aleje enormemente de su formulación teórica). (...)*".

Nota 773: Quizás creemos que se le ha llamado “Oficina”, o así lo hemos traducido, porque atendiendo al tradicionalismo inglés su idiosincrasia se hace universal a toda Asesoría de Operación que se constituya por cuanto que debe tener en todo momento un escritorio jurídico de Zona, si puede ser “victoriano”, aquel del que todo el que haya pasado por allí al final hasta se le hace familiar: simbología nacional identificativa (la Bandera y los Cuadros del Jefe del Estado), la automatización de datos en la oficina, las lecciones aprendidas en los ejercicios reales y de campo (Informes post misión), los cuadernos propios de bitácora en su caso, las evaluaciones por los jefes del material y equipo rotados con su inventario, del nivel de apoyo que se puede esperar por la Fuerza en términos de dotación de personal (auxiliar), revista y limpieza diaria de armamento, de las tarjetas, chips y chapas de acreditación, el mantenimiento actualizado y organizado de los archivos, el pestañeado de los libros de la normativa, la lista a mano de los reglamentos, sus adendas y mementos, de las guías de ayuda, memorias, directrices de gestión, diarios, y recuerdos, la confección de encuestas de satisfacción del servicio, notas de las lecturas de la literatura jurídica más apropiada y , sobre todo, dados los tiempos actuales, un buen ordenador con internet. Pero si sólo esto de ellos lo tuviéramos que “copiar”, que ya lo hacemos, no bastaría. Hay que levantar la cabeza y ver el horizonte: salir de la oficina y vivir milicia, es decir, compartir las inquietudes con el personal de las armas. Es aquí, desde esta perspectiva, donde quizá en los países anglosajones el servicio evolucionó hasta nacer “el JAG”.

Nota 790: Alaska Bar R.43.1 (1999) (Waivers to Practice Law under a US Armed Forces Expanded Legal Assistance Program). El programa de asistencia legal ampliado en este Estado sirve como ejemplo de su versión más permisiva para que los defensores ante la jurisdicción militar puedan representar a sus clientes del servicio en la Corte estatal. Al mismo tiempo, bajo la supervisión gubernamental podrán solicitar a la Asociación de Abogados de Alaska la renuncia para ello del abogado civil (concesión de venia), de forma que una vez que esa renuncia sea aprobada un auditor oficial ya podrá representar a esos clientes y sus familias para cualquier asunto, y podrá también aceptar cualquier caso en el marco del programa durante un período limitado de dos años sin limitación alguna, es decir, sin exigencia de tasa o requisitos colegiales, ni tampoco siendo necesario que la clientela militar justifique aquí tener dificultades financieras.

Nota 791: Mississippi Rules of Appellate Procedure R.46 (e) (2005) (Military Legal Assistance Program). En este Estado el programa ELAP también es ágil y receptivo a la representación militar. De conformidad con sus reglas cualquier abogado militar contratado o empleado del servicio en el Mississippi como auditor de las Fuerzas Armadas podrá solicitar a la Corte Suprema del Estado un certificado para ejercer que será inscrito en el “Registro de Asistencia Jurídico Militar” (Fiscalía) en ese Estado. Tal clase de abogados, que en principio ejercen en nombre del Estado, son de número limitado y el alcance de la representación se limita a enumerar ciertas áreas temáticas, a pesar de existir un cajón de sastre normativo que permite la extensión de la representación a otros asuntos o a una audiencia que es sólo concedida discrecionalmente por la Corte o Tribunal. Son considerados miembros incorporados al Colegio de Abogados del Mississippi incluso para los efectos de los procedimientos disciplinarios que lleven o cuya representación ostenten, aunque se les exime de pagar cuota alguna.

Nota 792: Colorado Rules of Civil Procedure R.201.3 (2007) (Classification of Applicants). Sigue un esquema similar al del Estado de Alaska. Los abogados militares pueden representar a clientes militares en su calidad de defensores sin limitación alguna al alcance u objeto de dicha representación. Además, para lograr ese servicio los clientes militares no tienen que justificar dificultades financieras ni siquiera en el caso de que prefieran un abogado “paisano”, pero en ese caso deben pagar una “igualada”: cuota anual de unos doscientos veinticinco (226\$) dólares para el primer año, y ciento ochenta (180\$) en adelante cada año.

Nota 793: Rhode Aisland R.2 (f) (1989). La característica que distingue a este Estado es su simplicidad. Los defensores militares pueden aparecer en cualquier Tribunal de ese Estado para representar al personal militar “junior”, es decir, suboficiales y personal de tropa “que de otro modo no podría ser capaz de tener una asistencia legal adecuada”. El único requisito es que al oficial auditor de alto rango se le otorgue autorización escrita por la Fiscalía Militar, teniendo en cuenta a este respecto que en materia penal no pueden representar a sus familiares con cargo.

Nota 794: Utah Supreme Court Rules of Professional Practice R.14-804(a) (2004) (Special Admission Exception for Military Lawyers). La Corte Suprema, de acuerdo con las normas de práctica profesional de Utah, permite a los defensores incluidos en turno de guardia representar a determinados clientes en materia civil, es decir, a aquellos que estén en un listado de padecer dificultades financieras, y en materia militar pueden ser representados por un JAG siempre que haya una autorización escrita y expresa por parte del Auditor General.

Nota 795: Washington State Courts Admission to Practice Rules R. 8(g) (2002) (Exception for Military Lawyers). Mantiene una permisividad de representación similar a la que acabamos de exponer de Utah con la diferencia de que no impone requisitos colegiales tales como los de una serie de horas de crédito (quince) experimentales antes de que sean admitidos a comparecer ante el Tribunal estatal de Washington. La representación se circunscribe a temas que no sean criminales y puede limitarse aún más bajo la posible supervisión del Juez mediante la necesidad de requerirse un permiso especial para ello.

Nota 796: Rules of The Supreme Court of The State of **Hawai'i** R.1.7 (1984) (Limited Admission of Military Attorneys). Aquí se permiten defensores "de guardia" siempre que estén destinados en ese Estado y necesitan solicitar una licencia para dedicarse a la "práctica militar limitada" en los Tribunales durante un período de cuatro años. Las reglas de ese Estado prohíben a los abogados militares exigir o recibir cualquier estipendio, remuneración o indemnización de sus clientes militares.

Nota 797: Pennsylvania Bar Admission R.303^a (2004) (Limited Admission of Military Attorneys). Rige aquí una normativa similar a la de Mississippi en esta materia al promocionar una capacidad limitada para ejercer la abogacía militar. Los abogados que ejerzan con la licencia prescrita y limitada a tal efecto pueden hacerlo a determinado personal que esté alistado como beneficiario (así como sus familiares directamente dependientes), pero para casos en materia civil y de procedimientos administrativos, toda vez que tal clase de representación sí está permitida por el personal dependiente del abogado auditor (mando officer). Nueva York no relaja el requisito de una formación jurídica continua (especialización) y quince horas de mínimo crédito.

Nota 798: Virginia Supreme Court R. 1A:6(a) (2003) (Foreign Attorneys-Registered Military Legal Assistance Attorneys). Las normas aquí, por un lado, contienen unas reglas amplias de elegibilidad tanto para los abogados como para los clientes pero, por otro lado, siempre que éstos justifiquen experimentar dificultades económicas considerables y que los abogados militares paguen cuotas colegiales como miembros activos de tales corporaciones, así como completar el curso colegial de profesionalidad necesaria para ello.

Nota 799: Rules regulating the **Florida** Bar ch.18 (1996) (Military Legal Assistance Counsel Rule). Sus normas rigen de la forma más amplia del contexto ELAP la práctica de la Ley de asistencia jurídica por abogados militares. Sólo exigen para ello la supervisión de un "abogado Decano" del Colegio de Abogados de Florida y la asunción de la responsabilidad profesional derivada de esa tarea a todos los efectos. En contraste con las normas de otros Estados las de Florida explicitan cuáles son las actividades permitidas al abogado militar, entre las que se incluyen comparecer no sólo ante un Tribunal sino también ante un organismo administrativo, la preparación de escritos y otros documentos incluso judiciales.

Nota 800: California Rules of Court R. 9. 41(a) (2007) (Appearances by military counsel). Tal vez este Estado tenga la norma más restrictiva en este tema. En concreto permite que el abogado militar, en cualquier caso nombrado por el Tribunal, pueda representar a "una persona en el servicio militar" en un Tribunal Estatal sólo para una causa y cuando tenga dificultades considerables, aunque no impone cuota colegial a quien presta este servicio de justicia.

Nota 842: (1) La estipulación de nexos razonables de jurisdicción es un criterio diplomático prudente que, sin embargo, puede ser materialmente injusto. (2) No tiene sólo en cuenta la protección de los intereses estatales particulares ni éstos pueden de por sí suponer un obstáculo para la jurisdicción universal. (3) Puede considerarse a veces como el único criterio de jurisdicción aplicable para lograr la Justicia material. (4) Pretende primar el valor justicia sobre otros que también pueden ser igualmente legítimos y no menos conciliables. (5) Respeta ante todo el valor de la Justicia sobre el de la "simple" soberanía y asepsia política de las relaciones entre los Estados

y otros sujetos. (6) No tiene por qué vulnerar el principio de intervención mínima del art.2.7 de la Carta de Naciones Unidas en asuntos de otro Estado. (7) Es un sistema acorde a la naturaleza de los delitos perseguidos por su carácter erga omnes y de Derecho cogente. (8) Llega allí donde otras jurisdicciones tendrían que hacerlo y no lo hacen. Ejemplo: en Estados fallidos. (9) No tiene por qué suponer un sesgo ideológico de la propia Jurisdicción Nacional a la hora del acierto e idoneidad para conocer de ciertos asuntos si quien la aplica tiene objetivas garantías de prestigio personal e institucional para llevarla a cabo.(10) Las víctimas quedan, en teoría, más protegidas.

Nota 843: (1) Ignorar cualquier requisito de nexo para conocer sobre los delitos internacionales más graves es una imprudencia en el ámbito diplomático de las relaciones internacionales, habida cuenta que la jurisdicción universal no es la única herramienta de la justicia penal. Hay más. (2) Puede descuidar la protección de los intereses estatales particulares incluso cuando éstos no tienen que ser, de por sí, un obstáculo para la jurisdicción universal. (3) Descuida, relegándolo a un segundo plano, el principio de subsidiariedad del Derecho Internacional. (4) Puede ocasionar problemas de concurrencia jurisdiccional de difícil solución. Al final su aplicación puede derivar en una cuestión no menos política. (5) No prima el valor justicia sobre otros sino que consigue la Justicia ponderando situaciones dadas en las relaciones Internacionales y otros valores de oportunidad, conveniencia y rentabilidad. (6) Puede a veces no respetar el valor de la soberanía y asepsia política de las relaciones entre los Estados y otros sujetos, de forma que su aplicación automática podría vulnerar el principio de intervención mínima en asuntos de otro Estado del art.2.7 de la Carta de Naciones Unidas. (7) El carácter erga omnes y de Derecho cogente de estos delitos implicaría que todos los Estados de consuno, y no sólo uno, llevaran el protagonismo de su persecución. Es eso en todo caso a lo que habría que aspirar más que, por sistema, a ser el líder de una reacción ante esa supuesta tribulación jurídica. Ese liderazgo no lo tendría sólo un Estado en todo caso. ¿Se suplanta por la vía de la jurisdicción universal el papel que a veces también debiera de tener antes el Consejo de Seguridad, por ejemplo? (8) Puede suponer un exceso de abuso de derecho por poder conocer de asuntos con los que no tiene ningún vínculo real con el lugar, ambiente y circunstancias, sea aquél o no “relevante”. (9) Su aplicación puede conllevar dar rienda suelta a un sesgo ideológico de la propia Jurisdicción Nacional a la hora del acierto e idoneidad para conocer de ciertos asuntos. ¿Es la misma clase de justicia la que aplica un juez occidental que la de un asiático? (10) Puede estar influenciada por la presión de ONGs interesadas, de forma que no siempre pueden quedar siempre protegidas todas las víctimas como tales.

Nota 844: Aunque de hecho puede conocer de los crímenes de lesa humanidad si lo son sólo con carácter sistemático, es decir, no un atentado ocasional y poco masivo. La competencia material del Tribunal Penal Internacional lo es para conocer de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión. Por lo que hace referencia al segundo y tercero se exige un elemento subjetivo del injusto ante otro que lo es normativo del tipo: el conocimiento por parte del autor de que los hechos se cometen “como parte” de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, para caso de lesa humanidad; o, para caso de crimen de guerra, que “forme parte o se lleven a cabo en desarrollo de” un plan o política dirigida a su comisión o se inserte en un proceso de su comisión a gran escala. El umbral es la gravedad – vid.**PIGNATELLI Y MECA**. (2000) REDEM 75, Enero-Junio 2000, al tratar de los crímenes de Guerra. P. 17, párrafo 5 in fine.- y sólo si los crímenes pueden desvincularse totalmente del conflicto, de suerte que haya de estimarse que no guardan relación con él, no podrá subsumirse sólo en los tipos de crimen de guerra (art.8 del Estatuto de Roma). Por otro lado, otros problemas ya resueltos procesalmente - por la Sala II de lo Penal del Tribunal Supremo-, no menos importantes y prácticos, y a cuya solución la Sala V de lo Militar también debe de ajustarse, son: Que en España (1) las Comisiones rogatorias del extranjero insertadas en la instrucción de un procedimiento propio –al menos el penal - tienen un valor indiscutido de prueba de cargo en su caso,(2) que las detenciones en el extranjero no cabe discutir las, debiendo el Juez nacional contar el plazo límite de las 72 horas a partir de su puesto a disposición en la jurisdicción española, no siendo aquí aplicable por ello el principio “male captus, bene detentus”, y (3) que la extradición, en cuanto que implica la idea de una petición gubernamental por el Ministerio de Asuntos Exteriores de un Estado a otro que lo es “de refugio” del terrorista, es diferente de la mera expulsión de un terrorista por un Estado en cuanto manifestación de su soberanía, de forma que en este último caso sólo si tal expulsión es indiscriminada respecto de otros extranjeros asentados en ese mismo territorio ese Estado discriminador podrá contraer la consiguiente responsabilidad internacional deducida ante la Comunidad Internacional en el Tribunal Internacional de Justicia.

Nota 849: La Legislación posterior al 11 de septiembre ejecuta parcialmente un programa cuya estructura básica ya fue implantada en los ochenta y que se componía esencialmente de la Legislación sobre el crimen organizado, de las políticas antiblanqueo de capitales y del control de la inmigración. Tipos delictivos que criminalizan la participación o el sostenimiento de criminales o grupos terroristas y blanqueo de dinero han sido aprobados por la Convención de Viena de 1988 así como en el Convenio de Naciones Unidas para el Control del Crimen Internacional Organizado del 2000. Lo que se hace visible en las políticas criminales internacionales contra el terrorismo internacional es lo que se ha venido en denominar la “política de un consentimiento forzado” - SACK, F. (1999), *Jugendgewalt-Schlüssel zur Pathologie der Gesellschaft?* In: Programmleitung NFP 40 (Eds.): *Gewalttätige Jugend –ein Mythos?* Boletín nº 4. Bern: SFN, pág.10.-, es decir, la ausencia de un mínimo debate en cuestiones de Seguridad que tiene como consecuencia la escalada entre los políticos por ver quién presenta las políticas más duras. En este último sentido se comprueba, por ejemplo, una fácil conexión entre la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad y las políticas criminales de los años setenta y ochenta y aquellas que siguieron al 11-S, toda vez que la Patriot Act de 21.10.01 en EE.UU, la Ley Antiterrorismo, Crimen y Seguridad de 2001 en Gran Bretaña, la Ley Húngara nº 83 de 2001 o la Ley sobre Medidas Especiales Contra el Terrorismo de 29.10.01 en Japón, se promulgaron en muy poco tiempo desde que se produjo dicho hito.

Nota 860: Recogido de la Convención de financiación del terrorismo de 1999, de Manuales y bases de datos posteriores: **A. Universales:** 1. Convenio de Tokyo de 14 de septiembre de 1963 sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves. (Sobre navegación aérea) 2. El de represión de apoderamiento ilícito de aeronaves. La Haya, 16 de diciembre de 1970. (Sobre navegación aérea) 3. El de represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. Montreal 23 de septiembre de 1971. (Sobre navegación aérea). 4. El de prevención y castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de Nueva York 14 de diciembre de 1973. (Sobre personas). 5. El Convenio de Estrasburgo para la represión del terrorismo de 22 de enero de 1977. (Sobre personas). 6. La Convención de 1979. Nueva York, de 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes. (Sobre personas). 7. El de la protección física de los materiales nucleares. Viena. 3 de marzo de 1980. (De materia nuclear). 8. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional. Montreal 24 de febrero de 1988. (Sobre navegación aérea). 9. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Roma. 10 de marzo de 1988. (De navegación marítima).10. Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Roma. 10 de marzo de 1988. (De navegación marítima).11. Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección. Montreal.1 de marzo de 1991. (De terrorismo con explosivos).12. Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Nueva York.15 de diciembre de 1997. (De terrorismo con explosivos).13. El de Naciones Unidas para la represión de la financiación del terrorismo. Nueva York.9 de diciembre de 1999. (De terrorismo con explosivos).**B. Regionales:** 1. El Convenio de la Organización de Estados Americanos (OEA).Washington, Febrero de 1971. Para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan transcendencia internacional. 2. La Convención europea sobre la supresión del terrorismo. Estrasburgo, 27 de enero de 1977. 3. La Convención (sobre supresión del terrorismo) de la Asociación para la Cooperación Regional del Sur de Asia. Katmandú, 04 de noviembre de 1987. 4. La Convención Árabe de El Cairo, 22 de abril de 1998, para combatir el terrorismo internacional. 5. La Convención (para combatir el terrorismo) de la Organización de la Conferencia Islámica. Ouagadougou, 01 de julio de 1999. 6. El Tratado sobre la Cooperación entre los Estados Miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI). Minsk, 04 de junio de 1999. 7. La Convención (para prevenirlo y sancionarlo) de la Organización de la Unidad Africana (OUA). Argel, 14 de julio de 1999. 8. La Convención Interamericana de Barbados, Junio de 2002.

Nota 864: Fuera del marco de investigación judicial al FBI se le permite acceder a expedientes personales de todo tipo (sanitarios, educacionales, administrativos, etc.), de forma que en materia de detención es muy importante porque al mismo tiempo al FBI se le facilita la confidencialidad de los motivos de arresto y puede bastar la simple sospecha como indicio de tal medida. De hecho, con el precedente de la Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA, Ley de 1978), una modernizada vuelca de tuerca de esta ley en este extremo ha tenido también lugar con otra posterior, la American Protect 2007, de 4 de Agosto, al otorgar poder “temporario” al Gobierno para

escuchar sin autorización judicial llamadas telefónicas y “chequear” correos electrónicos de extranjeros que se comunican con personas dentro del territorio estadounidense. La Policía estaba facultada para detener a extranjeros residentes sin necesidad de formular cargo contra ellos durante siete días. En cuanto a reclusos, caso de sospecha de que pudieran hacer uso fraudulento de su derecho para facilitar el terrorismo, podían ser escuchadas sin autorización judicial las conversaciones que tuvieran en la prisión con sus abogados. Por último, en caso de acogida a una persona, si fuera razonablemente sospechosa de estar relacionada con actividades criminales de tal índole, pudiera darse el caso sólo por ellos de ser condenada como terrorista. Por otro lado, en materia de colaboración empresarial las empresas de Internet estarían a partir de entonces obligadas a entregar el registro de los correos electrónicos del sospechoso.

Nota 867: Orden Presidencial: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism. El Presidente Bush declaró el Estado de Emergencia el día 14 de septiembre del 2001 teniendo como precedente histórico similar (para ello) que el Presidente Roosevelt, a raíz de Pearl Harbour, hubiera hecho ya lo propio (1942). El Código Normalizado de Justicia Militar que preveía derechos fundamentales relativos a un juicio justo, sin embargo, se obvió en esta Resolución Presidencial. Este fue el motivo por el cual se hizo necesario introducir cambios: (1) la pena de muerte a extranjeros sospechosos de terrorismo debiera ser en todo caso una condena conseguida por la unanimidad de los miembros del Tribunal Militar y no sólo por sus dos tercios, (2) exigiéndose para acreditar la culpabilidad que se despejara cualquier tipo de duda razonable, a cuya convicción podría bastar, no obstante, hasta un simple rumor, (3) y teniendo en cuenta que el abogado no tendría acceso a pruebas que pudieran afectar a la Seguridad Nacional.

Nota 870: El Sr. Salim Ahmed Hamdan, nacional yemení, fue detenido en el contexto de un conflicto armado como el afgano en Noviembre de 2001 por la milicia e inmediatamente entregado a las Fuerzas de los EE.UU por su presunta condición de miembro de Al Qaeda, aunque su traslado a la prisión de Guantánamo no tuvo lugar hasta el mes de Junio del 2002. Ante la Justicia norteamericana defendió encontrarse amparado por los Convenios de Ginebra de 1949 y que gozaba del derecho a ser enjuiciado por un Tribunal Militar de los EE.UU, y no por una comisión militar, creada ilegalmente y absolutamente irrespetuosa con algunos de los derechos procesales elementales. Por su parte, el Gobierno de Bush negó de manera insistente que los Convenios de Ginebra en su integridad o el art.3 común, en solitario, le fueran aplicables esgrimiendo, además, que, aunque lo fueran, un particular no tenía derecho a invocarlos.

Nota 873: Por lo que a internamientos se refiere, ya una vieja Sentencia (de 1627), relativa al caso Darnel, resolvió uno de los más graves enfrentamientos constitucionales del siglo XVII -entre la Corona y el Parlamento- reafirmando la prerrogativa que permitiría al monarca absoluto detener una persona sin acusación, toda vez que sería un año más tarde cuando el Parlamento promulgaría la “Petition of Right” (consistente en que sólo sería dicha Institución y no el Monarca, a través de la pertinente Ley de suspensión de habeas corpus y no indemnizatoria, la que podría otorgar poderes especiales de emergencia de detención y arresto). Este precedente demuestra que si bien el internamiento fue una medida que se llegó a popularizar a partir de la I guerra mundial antaño ya había sido utilizada para sofocar levantamientos coloniales y para “pacificar” Irlanda. Sólo tras la I guerra mundial este sistema fue acelerado mediante la técnica de la Legislación delegada para que en la práctica fuera el Ejecutivo, no el Parlamento, el que otorgara esos poderes. De hecho, ya antes con la Ley de Defensa del Reino de 1914 el Ejecutivo había presumido tener ese poder promulgando la Regulación 14 B, que otorgaba al Ministro del Interior ordenar la detención de una persona “ad calendas graecas” bastando para ello, sin dar posibilidad de recurso alguno, la simple sugerencia de una autoridad militar (teniendo en cuenta la conveniencia de la medida y alegando razones de Seguridad pública o Defensa del Reino bajo comprobaciones de su origen hostil o pertenencia a asociación hostil). Sorprendentemente, el caso R. v. Halliday, ex parte Zadig no la consideró ilegal porque el habeas corpus no lo consideraba aplicable en situaciones de emergencia sino en situaciones de normalidad, siendo sólo Lord Shaw el único vocal que discrepó de tal argumento invocando el principio de legalidad.

Nota 875: VERCHER (Ob.cit., p. 53) llega a la conclusión de que después de poner como ejemplo el excepcional caso de 1921 de Egan v. General Mcready, donde este último desafió a la autoridad judicial negándose a liberar a un rehén, los Tribunales de Irlanda del Norte han sido tan tolerantes con el Ejecutivo como lo han sido los Tribunales británicos en las dos guerras mundiales, criticando que la alta discrecionalidad del Ministro del Interior en valorar cómo una información que

le pueda hacer a alguien sospechoso perjudica a la Seguridad pública o interés nacional la difusión de su conocimiento debe corresponder más bien al Poder judicial, aportando como ejemplo el de Israel. Esta polémica ha quedado anacrónica desde que en 1980 el Gobierno decidió abandonar la política de internamientos, pero en el conjetural caso de que se reintrodujera debe tenerse en cuenta que *“el problema esencial estriba en que los conceptos de Seguridad nacional e interés público son abstracciones que colocan al ciudadano a merced del significado que quiera darles la Administración en cada momento determinado”*. En el estudio de este problema el citado autor y Fiscal hace referencia a dos decisiones judiciales para ver el desarrollo jurisprudencial en esta materia: el caso GHCQ (The Council for Civil Service Union v. Minister for the Civil Service), en 1984, donde ante el concepto de Seguridad Nacional el Tribunal entiende que si es alegado no cabe revisión judicial alguna -ya que es el Ejecutivo en ese caso el único poder estatal que está capacitado para considerar qué materia afecta a tal ámbito-; y por otro lado, en el extremo doctrinal opuesto, el caso Ex parte Ruddock de 1987, donde la demandante -que era miembro de una campaña para el desarme nuclear- de un supuesto pinchazo ilegal telefónico consiguió que el Tribunal obligara (al menos) al Ejecutivo el tener que aportar prueba de daño a la Seguridad Nacional.

Nota 876: Guardan muchas similitudes con el internamiento porque son medidas ejecutivas y extrajudiciales para afrontar períodos de crisis, si bien este último tipo de medidas, al ser menos drásticas por no ser privativas sino restrictivas de libertad, se han utilizado con mayor frecuencia y todavía menor efectividad, bien como vía alternativa para evitar una fuerte oposición parlamentaria, bien incluso como vía complementaria de una política de emergencia. Aunque el derecho a entrar o salir del Reino Unido históricamente lo han tenido todos los británicos, no así los extranjeros, hasta el comienzo del pasado siglo cabía la posibilidad de no hacerse efectivo mediante sanción penal (así la deportación a las colonias). Sólo desde entonces guardará ya similitud de naturaleza administrativa como la que se explicó del internamiento, significándose que para el Ejecutivo británico la expulsión era una medida especialmente concebida en la víspera de la Segunda Guerra Mundial contra aquellos residentes relativamente modernos (menos de veinte años) que pudieran estar involucrados en los problemas de Irlanda y respecto de quienes no existía prueba suficiente para iniciar un procedimiento penal. Sólo con reformas posteriores se reduciría el plazo de exención en su posible aplicación (así desde 1984 el plazo no sería de veinte sino de tres años de residencia), aunque como resultado, según **VERCHER** (Ob.cit., p.77) ha sido la de convertir el Ulster en el “basurero terrorista” del Reino Unido. Sorpresivamente, para este autor, el baldón ignominioso de un sistema legal pretendidamente justo como el israelita en los territorios ocupados, similar en este ámbito al inglés, reúne sin embargo más garantías jurídicas que éste porque se prevé por Ley, desde 1979, el que las órdenes de detención administrativa sí estén sujetas a control judicial y el derecho de la persona afectada a conocer las pruebas en virtud de las cuales se ha procedido a su detención, salvo que su revelación a criterio del juez -y esto es lo importante para él- pueda perjudicar a la Seguridad pública o estatal. Pone como otro ejemplo “progresista” similar el de la Constitución india. En definitiva, la información confidencial, sin embargo, sí que puede constituir un “tótem” inaprensible y, por ende, inescrutable para el afectado, no tanto para el Juez.

Nota 884: Por ejemplo el art.11 de la Ley de 1978 permitía a la Policía el arresto sin orden judicial a cualquier sospechoso de ser terrorista hasta un plazo de detención de tres días. Fue utilizado por la Policía como un sistema alternativo a la política suspendida de internamientos y principalmente para recabar información a través del interrogatorio de sospechosos. Entre las razones que ayudaron a esta técnica estuvieron la falta legal de un requisito de razonabilidad de la sospecha, la amplia definición del término “terrorismo” en su art.31 al considerarlo como “el uso indebido de la violencia con el fin de atemorizar a la población o algún sector de la misma”, así como el que la falta de interpretación judicial sobre el citado artículo diera un gran margen de maniobra a la Policía para su invocación. Otro Informe, el de Sir George Baker, sería el que recomendará la derogación de aquel art.11, la cual tuvo lugar en 1987. Otro artículo del mismo texto legal, el art.13, introdujo otro poder de arresto especial posiblemente más cercano al arresto ordinario y sin llegar a utilizar, como hacía el 11, el término “terrorista”. Dicho precepto consistía en la autorización a la Policía para detener sin orden judicial a cualquier persona de quien “se tiene base razonable para sospechar que está cometiendo, ha cometido o está a punto de cometer” los delitos allí listados y que en dos días debe ser puesta en libertad o puesta a disposición judicial. En la práctica fue utilizado muy poco salvo como recurso previo al “re-arresto” posterior por el art.11.

Años más tarde, esta técnica sería también denunciada en un *habeas corpus* por un sospechoso del IRA cuyo caso de 1980, Ex parte Lynch, lleva su nombre. Pretendía que le informasen no sólo de los motivos de su arresto sino de las fuentes de sospecha que, en su caso, lo pudiesen legalmente habilitar, obteniendo como respuesta por parte del Juez Lowry en su Sentencia, por un lado, que para el arresto previsto en el art.11 de la Ley de 1978 bastaba que las Fuerzas de Orden público sospechasen de la comisión, preparación o instigación de cualquier acto de terrorismo en general, no de uno en particular; y, por otro lado, que respecto a la revelación de las fuentes de información había que diferenciar entre las bases de la sospecha razonable y las fuentes propiamente dichas de la información que provocan la sospecha, toda vez que si bien las primeras sí podían ser reveladas no así podían serlo las segundas. Reforzó esta distinción el argumento de proteger las fuentes de información como muro infranqueable hasta para la función judicial supervisora, tal y como se pondría de manifiesto con ocasión del estudio de la locución “interés público” en el caso de 1973 R.v.Lewes J.J ex parte Home Secretary.

Nota 886: Nosotros llamamos la atención respecto a España que, por ejemplo, la Sentencia de la Sala II del TS de 2 de Abril del 2003, donde fue ponente D. Andrés Martínez Arrieta, si bien en comentario del art.173 de nuestro CP sobre la acción típica de infligir a una persona un trato degradante que menoscabe gravemente su integridad moral, manifiesta que según una opinión generalizada de la doctrina, el tipo adolece de graves defectos en su redacción. En su quinto FJ afirma que “(...) *No se puede presentar un catálogo de conductas susceptibles de ser incluidas en el tipo penal. Pero con una finalidad ejemplificativa en la definición de maltrato degradante, la STEDH de 18 de enero de 1978 reprobó como degradante “cinco técnicas” utilizadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad” (las antes citadas) a las que “(...) Añadiremos por nuestra parte otras conductas que pudieran ser integradas en el trato degradante causante de la perturbación de la integridad moral, como la realización de “novatadas” y, en general, las conductas susceptibles de producir en las víctimas “sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral” (STS 819/2992, de 8 de mayo, y de 29.9.1998) y en este sentido hemos recogido como atentatorios a la integridad moral conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etcétera., comportamientos que exceden en la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora*”.

Nota 887: Se prohibió a través de una Directiva Principal sobre sospechosos de terrorismo. En esa misma Directiva se recogió la distinción entre la entrevista –encaminada a obtener datos del entrevistado- y el interrogatorio –recogida de información por el espía- después consagrada por el Derecho Común (caso R.v. Clarke), distinción que no menoscabó el hecho de que con posterioridad el Informe Diplock (en la línea del de Saheckelton, Baker y Bennett) sobre procedimientos legales para afrontar las actividades terroristas en Irlanda del Norte manifestase en su parágrafo 48 que “*Aunque somos reticentes a proponer cualquier limitación, por mínima que sea, de la libertad de un hombre inocente, consideramos que está justificado... el detener ocasionalmente a personas que no tomen parte en actividades terroristas*” porque, en palabras de Lord Baker en el parágrafo 289 de su Informe, “*los académicos y la doctrina frecuentemente critican el uso de los poderes de arresto por la Policía para obtener información o, según ellos dicen, para proporcionar información a los servicios de inteligencia...Lamentablemente estas personas no explican de qué otra forma podría la Policía obtener las pruebas necesarias en circunstancias tales como las de Irlanda del Norte*”. Consta, sin embargo, que tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo (caso Ireland v.United Kingdom. Applicatio 5310/71) declarasen al Gobierno británico culpable de la comisión de actos de tortura y de malos tratos en las personas de los prisioneros por el uso de las Cinco Técnicas como que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas así también hiciera semejante denuncia varios años incluso más tarde, así en Febrero de 1989, es decir, pasados más de dieciocho años.

Nota 889: Reglas que en la práctica son, igual que los códigos de conducta policiales, de muy limitada efectividad por tratarse de disposiciones administrativas que carecen de Fuerza de Ley y están expuestas a la hilaridad de quienes en teoría tienen que aplicarlas. Asimismo el citado autor señala que se entiende por interrogatorio “opresivo”, según definición de Lord MacDermott extraída de una Conferencia por él pronunciada en 1968 en el Bentham Club, como “*aquel que por su naturaleza, duración y otras circunstancias concurrentes –incluyendo el hecho de la detención- crea expectativas –tales como la de ser liberado-, temores, o afecta de tal manera la psique del interrogado que su voluntad se desmorona y confiesa cuando en circunstancias normales no lo hubiera hecho*”. Al respecto, Lord Diplock en su Informe, parágrafo 125, mantuvo que

circunstancias opresivas no podían considerarse como tales en un ambiente como el de Irlanda del Norte, puesto que “*si es necesario salvar vidas humanas y evitar la destrucción de propiedades es insoslayable que las autoridades gubernativas deben de poseer amplios poderes para interrogar a los sospechosos de pertenecer a Organizaciones terroristas*”, por lo que prácticamente con arreglo a estas palabras el caso R.v.Clark, llevado por Lord Lowry, cambió la doctrina sentada por R.v.Flynn admitiendo finalmente que las entrevistas estaban dirigidas a recopilar información general y legitimando para ese uso el art.14 de la Ley antiterrorista de 1984.

Nota 898: Esto es, en cita de Barlow que hace **VERCHER**, denunciar “*la creación deliberada y premeditada de una trampa o ardid conteniendo un atractivo señuelo que hace caer en la misma al burlado delincuente y que proporciona la base para su posterior acusación*”. Lo que hace esta defensa es achacar la comisión del delito al agente provocador, pero en Inglaterra esta defensa no tiene admisión más que para iniciar acciones disciplinarias o penales contra el agente provocador o, todo lo más, atenuar la pena del burlado. Llama la atención que en el sistema legal americano, donde sí es posible hacer uso de esta técnica letrada, desde 1864 ha tenido una crítica negativa basándose hasta en argumentos bíblicos que nos hace recordar a la teoría jurisprudencial vigente en España “*de los frutos del árbol envenenado*”(art.11.1 LOPJ): “*Incluso si admitiéramos en este caso la existencia de una inducción para cometer el crimen, el argumento exculpatorio del acusado sería repetición de otro argumento tan antiguo como el mundo mismo y que se utilizó por primera vez en el paraíso terrenal: “la serpiente me sedujo y comí”. Este argumento exculpatorio fue ya entonces rechazado por el gran Hacedor de Leyes y cualquiera que sea nuestra opinión sobre el mismo o nuestra forma de enjuiciarlo... jamás ha servido, desde entonces, para proteger al crimen o para proporcionar inmunidad al culpable, ni podrá utilizarse, podemos afirmar con certeza, bajo código alguno de nación civilizada ni mucho menos en base a la ética cristiana*”.

Nota 902: Si el eje sobre el que ha girado todo el Derecho Común inglés en materia de confesión es la valoración de su fiabilidad probatoria a través de la no puesta en duda de su voluntariedad, el alcance de este último concepto sin embargo se ha ido jurisprudencialmente restringiendo al admitirse como prueba una confesión controvertida si entre el miedo o esperanza de ventaja denunciados y presuntamente existentes en la confesión no hay un nexo causal entre aquéllos y la propia confesión. En el estudio de **VERCHER** sobre el respecto se cuenta que la regla de la voluntariedad ha caído en desuso sobre todo a partir de una investigación que dos psicólogos (B.Irving y L.Hilgendorf) hicieron a propuesta de una Comisión jurídica, deduciéndose que si bien las reglas judiciales sólo permiten ante los Tribunales declaraciones voluntarias, aunque no existan amenazas o violencia por la Policía, es imposible distinguir entre declaraciones voluntarias e involuntarias, debido al estado psíquico de los interrogados, por lo que recomendaban la desaparición de declaraciones voluntarias e involuntarias y que se introdujesen nuevas garantías. Lord Diplock en su Informe defendió que el fundamento de la fiabilidad de la confesión no está en la voluntariedad sino en el derecho que se tiene al silencio. Otros fundamentan ese requisito de la prueba en el principio de estándar de civilización y en el privilegio a la no autoincriminación. Pero sea cual sea su fundamento lo importante es que se admite comúnmente la facultad judicial de excluir la confesión como prueba y el rechazo al principio de disciplina como fundamento para declarar ante la Policía.

Nota 905: Un hito fue la constitución en 1829 de la nueva Policía de Peel. A partir de entonces el Ejército británico redujo progresivamente sus actividades de seguridad interna y de orden público hasta casi desaparecer en el siglo XX, lo que acostumbró a los británicos a ver a su Ejército con un papel limitado a asuntos exteriores y al Bobby inglés como al gentil hombre uniformado que dirige el tráfico urbano. Sólo al aumentar la vulnerabilidad de la sociedad industrializada mediante ataques a sitios y lugares críticos en los setenta volvió a renacer la citada idea de su nuevo papel a favor también de la seguridad interior. Estos cambios no eran exclusivos. Los veremos en Alemania, pero incluso en Canadá se llegó a invocar por su Ministro del Interior en 1970 a la Ley de Medidas de Guerra, la cual permitió al Gobierno Federal saturar de tropas la región de Montreal, con el propósito de alcanzar a los terroristas del Front de Liberation de Quebec (FLQ), en vigor medio año y que dio a las fuerzas de seguridad amplios poderes para detener e interrogar a la gente con motivo del secuestro de un comisionado comercial británico. El argumento principal contrario a aquella idea es el de favorecer la “doctrina de la fuerza mínima frente a la violencia máxima”, que a su vez conlleva el que la militarización, y que si bien no hay per se nada malo ni incorrecto en ella como propuesta, distorsiona la realidad de los conceptos porque podría provocar un solape incontrolado de funciones y competencias entre Policía y Ejército. Prueba de

ello es que si bien en la teoría constitucional anglosajona la condición jurídica de un miembro de sus Fuerzas Armadas es igual a la de cualquier otro ciudadano que intervenga para suprimir el desorden civil, lo cierto es que el soldado se halla en una situación anómala por estar sometido a la ley militar en la medida en que no es un ciudadano cualquiera, sino que es parte de un grupo armado sometido a órdenes: Lord Diplock fue el que en ese contexto se preguntó por la postura del soldado como ciudadano en cuanto que puede dar origen a una comprensión imperfecta de sus derechos y deberes. Como juez de un soldado británico al que se estaba enjuiciando por haber disparado en Irlanda del Norte contra una persona que huía, causándole la muerte, reflexionaría manifestando que, en teoría, cualquier ciudadano, cuando está a punto de cometerse en su presencia un acto punible, está obligado a tomar todas las medidas de que pueda valerse razonablemente para impedir la comisión del delito; pero se trata de una obligación imperfecta que no le exige hacer nada que le pueda exponer a un riesgo de daño personal ni que le fuerce a buscar delincuentes ni a investigar delitos; en cambio, el soldado que se utilizaba en Irlanda para apoyar al poder civil tenía el deber, impuesto por su ley, la castrense, incluso de buscar delincuentes si se lo ordenaba su superior y de arriesgar su propia vida si fuera preciso para evitar actos terroristas. Ante esto eran dos los problemas que se suscitaban: las facultades legales que a ese soldado se le otorgaban (levantar barricadas, registrar, arrestar y dar órdenes a ciudadanos, etc.) conllevaba que se le colocara a veces en situaciones de responsabilidad personal verdaderamente irrazonables (porque debía obedecer en todo caso hasta la orden no manifiestamente ilegal de un superior y en situaciones de legalidad dudosa), lo que llevó a que otro magistrado, en este caso el australiano Hope, recomendara que en esos casos de apoyo civil el Ejército tuviera otorgados los poderes de la Policía como tal para que (a sus integrantes) sólo se les hiciera en cualquier caso responsables de las órdenes de sus superiores militares que fueran estrictamente recibidas para la defensa marítima, terrestre o aérea de la Commonwealth. De suyo, hoy esto es el problema de la profesionalidad y del tipo disciplinario en blanco. Este magistrado, por tanto, señaló como situaciones propicias para el actuar de ese personal militar el asalto de edificios, aviones u otros medios de transporte público ocupados y retenidos por los terroristas, el acordonamiento u otra forma de protección de grandes espacios como un aeropuerto, en los que pretendieran entrar los terroristas violentamente, y las situaciones que implicasen zonas remotas o grandes, u otras fuera del control de la Policía, como por ejemplo el (la) mar, o cuando hiciera falta un equipo con especial destreza porque la Policía, de hecho, no lo tuviera.

Nota 906: Detener por un tiempo prolongado sin proceso ni apertura de una instrucción judicial a personas meramente sospechosas de terrorismo (La ATCSA facultó al Ministro del Interior catalogar a ciudadanos sospechosos de terrorismo internacional e, incluso, retener o deportar a extranjeros de igual manera catalogados. Este fue el punto básico de su reprochada ilegalidad por el Tribunal de los Lores, toda vez que la detención podía haberse hecho de forma indiscriminada según la nacionalidad o estatuto de inmigración del sospechoso. En la práctica se llegaron a encarcelar en el país durante tres años y sin proceso judicial hasta a nueve sospechosos extranjeros. Téngase presente que la detención sin juicio tiene algún precedente en ese país cuando se aplicó a presuntos terroristas norirlandeses en la década de los setenta, dando lugar a **los mal llamados "Tribunales" Diplock**, o a ciudadanos alemanes durante la II Guerra Mundial, o durante la Guerra del Golfo). Caso de ser extranjeros sospechosos de terrorismo (por un oficial de inteligencia) que no pudieran ser expulsados del país podían estar indefinidamente detenidos. Este fue el principal motivo por el que el día 16 de diciembre de 2004 esta ley fue declarada ilegal por el Tribunal de los Lores -es incompatible con el CEDH por permitir la detención de sospechosos de terrorismo de una manera que discrimina en materia de nacionalidad o de estatus de inmigración-, al haberse recluso a cárceles británicas a nueve extranjeros sospechosos de terrorismo sin proceso judicial, aunque ya previamente la Comisión de Apelación Especial de Inmigración de 2002 había declarado que era injustamente discriminatoria con los extranjeros residentes en ese país. Los detenidos tenían derecho a una primera apelación aunque en procedimiento abreviado. Se añadía, además, que entre los limitados derechos de los abogados defensores no se incluía el de ver todas las pruebas que se acumulasen contra sus clientes. Estableció que los proveedores de Internet debían conservar durante un año, por lo menos, los datos de conexión de los usuarios. Se producía un aumento considerable de los poderes policiales para investigar a los ciudadanos, pudiendo acceder a los números de teléfono y direcciones de correo electrónico utilizadas por los sospechosos aunque no a los contenidos, pese a que la Cámara de los Lores consiguiera reducirlo al ámbito exclusivo del terrorismo, dado que en un primer momento el proyecto gubernamental prácticamente permitía a la policía y otros servicios intervenir correos electrónicos, mantener carpetas de sospechosos *sine die*, y en general introducirse sin ningún tipo de reparos en la vida de cualquier

ciudadano. En materia de transacciones financieras la Policía estuvo dispensada en muchos casos de obtener ninguna autorización judicial previa para actuar en el control de tal clase de transacciones, por cuanto que se entendió que en mérito de la Ley el Ministerio del Interior era directamente competente para ello (no sólo búsqueda de información de cuentas sino incluso congelar fondos) en virtud del derecho de control de la transacción en línea y del control electrónicos privados. A la Policía, pues, le bastaba obtener una autorización no judicial sino ejecutiva: la de su propio Ministerio.

Nota 910: Su presidente Dmitri Medvédev, con motivo de una reunión prácticamente simultánea al día de ocurrir semejante tragedia -dedicada inicialmente a la reforma del sistema judicial-, declaró públicamente considerar cambios legislativos para “prevenir el terrorismo” explicando que se refería, en concreto, a la mejora de la organización de los departamentos de investigación de tal clase de delitos. El Jefe del Estado fue muy cuidadoso en la exposición de las reformas para evitar inferir de sus declaraciones que aquéllas supusieran restricciones para la sociedad civil, toda vez que allí el terrorismo puede ser castigado con penas que van desde veinte años hasta cadena perpetua, ya que la pena de muerte no se aplica de forma indefinida por decisión del Tribunal Constitucional. Por su parte, mientras Rusia lloraba a los muertos Vladimir Putin prometió notoriamente “sacar de las cloacas” a los cerebros del doble ataque suicida y recordó que tras la crisis de los rehenes escolares de Beslan en 2004 abolió la elección de los gobernadores regionales rebeldes del Cáucaso, región que incluye Chechenia, memoria que hizo bajo la conjetura por muchos sólo sospechada, pero no confirmada, de que las explosiones tenía por autores a musulmanes extremistas de esa región como represalia por la muerte de líderes separatistas a manos de la policía rusa. Muchos políticos reabrieron el debate de restablecer la pena de muerte.

Nota 911: Tras la muerte de Bin Laden el Jefe del Estado Mayor del Ejército Popular de Liberación de China (General Chen Bingde), y sólo después de que una portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores chino, Jiang Yu, manifestase a raíz de ese hecho que China apoyaría cualquier acción encaminada a luchar contra el terrorismo internacional, felicitó a los EE.UU a través de sus conversaciones que mantuvo con su homólogo estadounidense, Mike Mullen, por contemplarlo como un avance histórico en la lucha contra el terrorismo. No obstante advirtió de que la guerra será ardua y prolongada porque aventuró que con tal muerte surgirían más líderes terroristas, de forma que propuso unir las Fuerzas Internacionales, fortalecer la cooperación en la inteligencia y la financiación, así como intensificar el estudio de la formación de los terroristas. China evita ante la Comunidad Internacional comparar en esta materia EE.UU y Pakistán, aliado tradicional de China, porque al decir de la citada portavoz considera que ambos “son víctimas con las que se debe cooperar”.

Nota 913: Tras su muerte se declaró un estado de alerta temporal que llegó al grado máximo en varios barrios de Karachi, al igual que en toda Islamabad. EE.UU cerró su embajada “hasta nueva orden” y los funcionarios extranjeros de ONU recibieron órdenes para restringir sus movimientos, más o menos estrictas según las agencias de aquélla en las que desempeñasen su trabajo. En un artículo de opinión del “The Washington Post” del día 03 de mayo de 2011 el Presidente del País, Asif Ali Zardari, sostuvo que era una sorpresa descubrir que Bin Laden se había instalado en una cómoda zona residencial de las cercanías de Islamabad e insistió en que su país está tan comprometido con la guerra contra el terrorismo como los propios EE.UU porque es blanco de Al Qaeda junto con los pueblos de los EE.UU, Gran Bretaña, España, Indonesia, Afganistán, Turquía, Yemen, Kenia, Tanzania, Egipto, Arabia Saudí y Argelia. Su cooperación en esa “guerra” es de una década y afirmó que los talibanes, nada más enterarse de la muerte de Bin Laden, ya han clamado venganza contra él como Presidente de la Nación, significando que ha pagado caro su lucha contra el terrorismo a nivel personal –su esposa, a la sazón exprimera ministra Benazir Butho, fue muerta en un atentado en Diciembre del 2007- y estatal –por ella han muerto más soldados pakistaníes que de todos los países de la OTAN juntos-. No obstante, lo cierto es que oficialmente el 14 de Mayo del 2011 el Parlamento aprobó unánimemente la condena de la Operación Jerónimo del día 2, revisar las relaciones con Washington, instar al ejecutivo a la apertura de una investigación a cargo de una comisión independiente para aclarar los hechos, que determinase las responsabilidades y que recomendara medidas para evitar la repetición de hechos similares en el futuro, y, por último, exigió el cese inmediato de los inaceptables ataques que realizan aviones no tripulados (drones) de los EE.UU dentro del país islámico, concretamente en las zonas tribales del noroeste, con saldos de miles de víctimas desde que comenzaron en el año

2004. En su debate, retransmitido por la cadena paquistaní GEO TV, los legisladores señalaron que la acción unilateral de los EE.UU en Abbottabad constituye una violación de la soberanía nacional. Estas actuaciones y la crisis desatada por el unilateralismo norteamericano provocaron de inmediato que por vía diplomática el Senador demócrata Jhon Kerry se reuniera el día 16 de mayo con autoridades pakistaníes para reiniciar las relaciones entre ambos países. Producto de la reunión fue un comunicado conjunto de un compromiso reanudado para combatir el terrorismo que fue emitido por la embajada estadounidense de Islamabad y la presidencia pakistaní, manifestando dicho senador a los periodistas con motivo del mismo que si bien entendía el sentimiento de los pakistaníes lo cierto es que quienes realmente violan la soberanía de su país, haciendo así una velada alusión a que lo es nuclear y con un “conflicto” como el de Cachemira, son los terroristas como Bin Laden.

Nota 917: Según Anuario de Derecho Penal, en su versión traducida, y en su redacción actual, este tipo es el siguiente: “*Conformación de asociaciones terroristas: (1) Quien funde una asociación cuyos objetivos o actividades estén orientados a cometer: 1. Asesinato, homicidio o genocidio. 2. Hechos punibles contra la libertad personal. 3. Hechos punibles que constituyen un peligro público o quien participe en tal asociación como miembro, será castigado con pena privativa de libertad de uno a diez años. (2) Si el autor pertenece a los cabecillas o autores mediatos, entonces se reconocerá pena privativa de libertad no inferior a tres años. (3) Quien apoye a una asociación de las descritas en el inciso 1, o haga propaganda a favor de ella, será castigado con una pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años. (4) El Tribunal puede disminuir la pena según su criterio para los partícipes cuya culpa sea menor y cuya colaboración sea de importancia menor. (5) el § 129 inciso 6 rige en lo pertinente. (6) Adicionalmente a la pena privativa de libertad de por lo menos seis meses, el Tribunal puede denegar la capacidad de ocupar cargos públicos y la capacidad de obtener derechos emanados de las elecciones públicas. (7) En los casos de los incisos 1 y 2 el Tribunal puede ordenar sujeción a vigilancia de la autoridad.*”

Nota 918: Una vez que en los primeros años de los setenta la cúpula de la organización terrorista había sido desmantelada por la Policía, la Judicatura llegó a la conclusión de que ese Derecho Procesal Liberal era propenso a ser manipulado y sujeto de abuso por parte de los terroristas encarcelados, los cuales pretendían seguir en prisión su lucha. Esta situación dio lugar a reformas procesales que afectaron tanto a la figura del imputado como a su abogado defensor cuando de delitos de terrorismo se trataba. Tales reformas superaban los cánones legales de un Estado Democrático de Derecho y consistían en adoptar medidas a hacer frente a las actividades terroristas llevadas a cabo bajo el amparo del Derecho Procesal Penal, contra el abuso y manipulación de derechos procesales, la ampliación de competencias relativas a intervenciones de carácter procesal y en la mejora de la Organización de la Administración de Justicia. La Ley Complementaria de la Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal de 20 de diciembre de 1974 inició una de las reformas de mayor calado con la posibilidad de excluir al abogado defensor en los delitos de terrorismo. La finalidad del nuevo § 138a StPO (Ley de Enjuiciamiento Criminal Alemana) era permitir la exclusión del proceso penal de los abogados (como Otto Schily) de los terroristas encarcelados, cuando aquéllos eran “sospechosos de forma fundada” de haber colaborado en delito investigado, de haber abusado de la relación penitenciaria prevista con su cliente o de haberla puesto en peligro atendiendo a la seguridad del propio centro penitenciario donde se encontrasen uno y otro. Aunque las críticas de la doctrina procesalista como GRÜNWALD o RUDOLPHI no se hicieron esperar, posteriormente la Ley Antiterrorista de 18 de Agosto de 1976 amplió los efectos de la expulsión del abogado defensor mediante la inclusión de nuevos supuestos en la disposición del § 138a StPO. Según el nuevo párrafo cuarto de dicho precepto esa clase de abogados no podían defender en otro proceso a aquel inculcado por terrorismo que no se encontrase en libertad, según el párrafo quinto tampoco a otros inculcados en el mismo proceso u otros que tuviesen por objeto un delito de los de dicho precepto. **La Ley de Reforma de la Ordenanza Procesal de 14 de Abril de 1978 (“Ley de redadas”)** redujo sensiblemente el umbral para acreditar las sospechas recaídas en la persona del letrado a la “mera acreditación de determinados hechos” que fundaran la sospecha. El alcance de extensión del derecho de defensa sufrió en 1974 otros embates. Así, los § 137 y 146 StPO limitaron a tres el número posible de abogados defensores y prohibieron la defensa de varios inculcados por uno o varios letrados, todo lo cual fue criticado por algún sector de la doctrina local como KREKELER o BERLIT/DREIER puesto que el principio procesal de igualdad de armas entre la Fiscalía (una parte más en el proceso) y la defensa del acusado quedaba perturbado. Por otra parte, mientras que de ordinario un abogado podía defender en el mismo procedimiento los intereses de varios imputados, dicha

posibilidad fue eliminada. La Ley del año 1974 introdujo también modificaciones a la fase del juicio oral. El nuevo § 231a StPO regulaba los casos de ausencia del acusado en la vista oral por incapacidad provocada por él mismo, mientras que el § 231b StPO hacía referencia a la expulsión del acusado de la Sala de Sesiones por su comportamiento antirreglamentario. El § 231a StPO permitiría por primera vez desde la aprobación de la Ordenanza Procesal en el año 1877 la posibilidad de llevar a cabo un juicio oral en ausencia del acusado, a cuya finalización podía ser impuesta incluso la prisión perpetua. La última reforma que trajo consigo la Ley de 1974 en el ámbito de los delitos de terrorismo fue la modificación del § 257 StPO y la supresión del § 257a StPO, disposición que establecía la posibilidad del acusado y su defensor de emitir cualquier declaración durante toda la fase del juicio oral.

Nota 933: Otto Schily, uno de los abogados de la RAF durante el proceso de Stammheim, no dudó en solicitar la citación de los siguientes testigos para interrogarlos en juicio: el antiguo Presidente de los EE.UU Richard Nixon, su ministro de Defensa Melvin Laird, o el antiguo Comandante de las Fuerzas Armadas Norteamericanas en Vietnam, el General Creighton Abrams. El legislador de 1974 tomó cartas en el asunto con el objetivo de impedir la politización del proceso de Stammheim. El párrafo tercero del § 112 StPO fue ampliado permitiendo ordenar la prisión preventiva contra aquel inculcado sospechoso de un delito de terrorismo según el § 129a StPO, y sin que para ello fuera necesaria la acreditación de algunos de los motivos de detención consistentes en peligro de fuga, de entorpecimiento de la causa (sumario) o reincidencia. Para la mayoría de la doctrina alemana esta extensión infringía el principio de proporcionalidad de rango constitucional. Pero la última reforma de gran calado fue la de la Ley Antiterrorista del año 1976, que afectó al derecho del abogado defensor a comunicarse libremente y sin control alguno con su cliente encarcelado, siendo su razón de ser controlar el correo escrito: cuando Ulrike Meinhof fue detenida el 15 de Junio de 1972, la Policía le incautó un papel manuscrito firmado por Gudrun Ensslin, la cual a su vez había sido detenida ocho días antes. En aquellos momentos, el abogado defensor de esta última era Otto Schily, con el cual se había entrevistado en prisión tres días antes de la detención de Meinhof. Por consiguiente, la Policía sostuvo que únicamente Schily había podido “transportar” ese manuscrito al exterior. **La medida conocida como “interrupción de los contactos”** fue introducida mediante Ley de Reforma de la Ley de Introductoria de la Ley de Organización de los Tribunales, de 30 de septiembre de 1977, dirigida contra imputados o condenados de terrorismo. Su origen tuvo lugar en el triste “Otoño alemán”, esto es, el momento de mayor tensión en la confrontación entre la RAF y el Estado alemán. El pulso de los terroristas al Gobierno de Helmut Schmidt tuvo su punto álgido el 13 de octubre cuando un avión de la compañía Lufthansa fue secuestrado por un comando de terroristas palestinos. Sus exigencias consistían en la liberación de sus “camaradas” de la RAF internados en Stammheim. En la noche del 17 al 18 de mismo mes se produjo en Mogadiscio (Somalia) el asalto de la aeronave por parte del Grupo Especial de Operaciones de la Policía alemana (GSC-9), muriendo tres de los cuatro secuestradores. En la mañana del 18 los dirigentes históricos de la RAF (Andreas Baader, Gudrun Ensslin y Jan-Carl Raspe) encarcelados en Stammheim fueron hallados muertos en sus respectivas celdas. Finalmente el 19 fue encontrado el cadáver de Hans-Martin Schleyer. En palabras del entonces Canciller, dichos acontecimientos llevaron al Estado de Derecho alemán “a su peor crisis desde la existencia de la República”. La finalidad de la medida era impedir en casos de toma de rehenes la comunicación entre los terroristas encarcelados entre sí, entre éstos y los autores del secuestro. La Ley del año 1977 autorizaba a suspender temporalmente y de un modo absoluto la comunicación. Esta incomunicación total se podía llevar a cabo tanto por el Ministro de Justicia del Bund como de los Länder cuando la vida, la integridad física o la libertad de un sujeto se encontraba en una situación de peligro actual, porque existiera la sospecha fundada de que ese peligro provenía de una Organización terrorista, y porque resultara necesaria. Podía durar hasta treinta días, debiendo ser confirmada judicialmente durante los primeros quince días. Habiéndose alcanzado su máximo (un mes) podía, no obstante, sufrir prórroga por otro mes. Esta medida (**Kontakssperre**) fue adoptada antes ya de hecho por los Länder y el vacío normativo fue completado acudiendo para ello a la figura penal del “estado de necesidad legitimante” del § 34 StGB (Dice así: *Quien en peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen especialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige sólo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.*). A pesar de que esta interpretación fue rechazada de plano por la doctrina penal alemana el Tribunal Supremo -por Resolución de 23 de Septiembre de 1977- y el

Tribunal Constitucional –por Resolución de 4 de Octubre de 1977- teutones la confirmaron, declarando el 1 de Agosto de 1978 este último órgano la Ley de año 1977 conforme con la Norma Fundamental acogiendo también al principio de la ponderación de bienes jurídicos en disputa.

Nota 934: Modificó en primer lugar el § 103 StPO, que entre otras cosas hacía referencia al registro domiciliario. Autorizaba a la Policía a registrar todos los domicilios de forma similar a lo que en España después se conocería como la “Ley Corcuera”, aunque su característica era que se refería a los ubicados en un complejo de viviendas (edificio), sin que para ello fuera necesario presentar una orden judicial de registro para todos y cada uno de los domicilios, toda vez que “a golpe de telediario” la sociedad había comprobado ya antes cómo un empresario, Hans Martin Schleyer, había estado “retenido” durante varias semanas en un apartamento de un edificio que albergaba cientos de viviendas, de forma que con la legislación procesal hasta entonces vigente hubiera sido necesario solicitar una orden judicial de registro para cada vivienda del complejo. En segundo lugar, permitió el establecimiento de puestos de control callejeros por parte de la Policía cuando en calles y plazas públicas se sospechase fundadamente la comisión de un delito y la medida fuera adecuada para obtener pruebas o detener al autor, de forma que para ello –como si se tratase de un control de alcoholemia actual- todo individuo que pasase por el puesto de control venía obligado a probar su identidad, así como a dejar registrar los objetos que llevase consigo. Por último, el segundo párrafo del § 163b StPO permitía la “retención” policial de una persona para comprobar su identidad, aun en el caso de que la misma no fuera sospechosa de un delito, y siempre y cuando esta medida resultara necesaria para el esclarecimiento de un hecho delictivo. Dicha privación de libertad no podía exceder en ningún caso de medio día (doce horas).

Nota 938: Mediante esta regla se pretendía ante todo impedir la comisión de delitos de atentados terroristas ya planeados, así como a esclarecer aquellos delitos que ya habían sido cometidos. Para ello se consideraba fundamental “fomentar” el abandono de las armas por los arrepentidos (“Aussteiger” en alemán, “pentiti” en italiano). La posibilidad de aplicar la regla quedaba en todo caso excluida en los casos de “delitos de sangre”, es decir, homicidio, asesinato y genocidio, casos en los dos primeros donde únicamente se podía atenuar la pena impuesta hasta un mínimo de tres años de privación de libertad. Esta regla o institución se mantuvo hasta 1999, fecha en la que fue suprimida del ordenamiento jurídico germano por dos razones: una práctica, y es que ningún terrorista se acogió a tal oferta mientras estuvo vigente; otra moral: afectaba a los principios de legalidad y de igualdad ante la ley, desvirtuaba procesalmente la fase del juicio oral porque facilitaba el que el descubrimiento de la verdad material “quedase al final en un agua de borrajas”, impedía una justa individualización judicial de la pena ocasionando un claro perjuicio a aquel que, por su situación, no pudiese contribuir con la justicia, suponía cooperar con delincuentes peligrosos, podía favorecer denuncias falsas para conseguir una pena más corta y, por último, frustraba la conciencia colectiva ciudadana en esta materia desde el punto de vista jurídico e, incluso, desde el punto de vista de la Razón de Estado.

Nota 939: Si nos fijamos: la posible coincidencia de que este Ministro del Interior alemán fuera el mismo abogado defensor de la principal Organización terrorista de los setenta en ese país, y al que ya antes se aludió, aventura la **hipótesis** que aquí se plantea de que **en Alemania, en su caso, hubiera podido ser utilizado el servicio del turno de oficio de los Ilustres Colegios de Abogados de Alemania como un “nido” de infiltrados o “topos”**. Además, no por la Policía, pues ya antes se dijo que Ésta misma sospechaba de ese abogado como el único que pudo transportar al exterior un manuscrito del detenido Gudrun Ennslin. En caso contrario, sería tan extraño como creer en ciertas sorpresas que da la vida...si, además, se tiene en cuenta que en el ámbito de la función pública allí no se ha sido nunca ingenuo al crear instituciones como la Berusfervot (se trataba de un proceso para juzgar la idoneidad de los individuos para ser contratados u ostentar la condición de funcionarios. El problema no era en sí su novedad, ya que en otros países avanzados como los EE.UU tenían medidas similares –United Status Code de 1967, párrafo 7311), es decir, algo así como exámenes de lealtad a los funcionarios antes de ocupar cargos y que, en misiones, por ejemplo, también el CNI español desarrolla de modo semejante para trabajos delicados o sensibles tales como, por ejemplo, el de intérprete o el de traductor. El art.17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también puede actuar en la práctica como cobertura legitimadora de determinadas iniciativas de los poderes públicos, de forma que en dos célebres casos (Glassenap contra Alemania y Kosiek contra Alemania), en los que se cuestionó el requisito de la lealtad al orden democrático impuesto a los funcionarios públicos alemanes, la Comisión sentó como principio general que “*Cuando el objetivo pretendido por el*

Gobierno es garantizar la protección última del Estado de Derecho y del sistema democrático, el propio Convenio dispone en el art.17 la primacía que tiene tal objetivo, incluso por encima de la protección de los derechos concretos reconocidos en otras partes del Convenio. Sin embargo, precisamente debido a la importancia capital atribuida a la salvaguarda del Estado de Derecho y del sistema democrático, el Convenio exige que haya una necesidad claramente imperiosa para cualquier interferencia en los derechos recogidos en el mismo, como requisito para que la interferencia pueda venir justificada por el logro de aquel objetivo”.

Nota 940: Así, se introducía en el Código Penal el delito de participación y apoyo a grupos terroristas aunque estuvieran desprovistos de estructura relevante o presencia en Alemania; desaparecía la separación entre los servicios de Policía y de información, teniendo estos últimos acceso a la base de datos de la policía; se reforzaban y ampliaban las competencias de la Oficina Federal para la Defensa de la Constitución, a la que, en sus tareas de prevención, se le reconocía el derecho de solicitar información a los Institutos de Crédito y Entidades financieras, Compañías aéreas y Sociedades de telecomunicación; se ampliaban las competencias del Servicio de Contraespionaje Militar autorizándosele a solicitar a las sociedades que suministrasen servicios de telecomunicaciones información sobre los datos relativos a la utilización de dichos servicios; se aumentaban las competencias del Servicio de Inteligencia Federal (al que se autorizaba a solicitar, en presencia de circunstancias específicas, información sobre las transacciones monetarias e inversiones en institutos de créditos y entidades bancarias, así como sobre la relación de cuentas corrientes, de los titulares de las mismas y demás personas autorizadas); se ampliaban las competencias de la Policía de frontera, potenciándose la Seguridad aérea en aeropuertos y aeródromos, con el fin de prevenir atentados terroristas; se modificaba la normativa sobre Asociaciones con el fin de dotar a la autoridad encargada de la Seguridad de los instrumentos jurídicos adecuados para poder efectuar control incisivo sobre grupos religiosos y Asociaciones, fundamentalmente de carácter islámico fundamentalista; y se modificaba la normativa sobre extranjería y asilo político, pudiendo prohibirse la entrada y residencia en Alemania a cualquiera que participe o contribuya a la realización de actos de terrorismo.

Nota 948: (Ley nº 96-647 de 22 de julio de 1996 art.1 Diario Oficial de 23 de julio de 1996. Ley nº 98-467 de 17 de junio de 1998 art.84 Diario Oficial de 18 de junio de 1998. Ley nº 2001-1062 de 15 de noviembre de 2001 art.33 Diario Oficial de 16 de noviembre de 2001). Constituyen actos de terrorismo, cuando sean cometidos intencionalmente en relación con una acción individual y colectiva que tenga por objeto alterar gravemente el orden público, mediante la intimidación o el terror, las infracciones siguientes: (1) los atentados voluntarios contra la vida, los atentados voluntarios contra la integridad de la persona, el rapto y el secuestro, así como el secuestro de aviones, de buques o de cualquier otro medio de transporte, definidos en el Libro II del presente código.(2) Los robos, las destrucciones, las extorsiones, daños y deterioros, así como las infracciones en materia de informática definidos en el Libro III del presente código.(3) las infracciones en materia de grupos de combate y de movimientos disueltos definidas en los artículos que aquí se señalan,(4) la fabricación o la tenencia de máquinas, artefactos mortíferos o explosivos, definidos en el art.3 de la Ley de 19 de junio de 1871 que deroga el decreto de 04 de septiembre de 1871 sobre fabricación de armas de guerra; la producción, la venta, la importación o la exportación de sustancias explosivas, definidas en el art.6 de la Ley 70-575 de 03 de julio de 1970 sobre reforma del régimen de la pólvora y sustancias explosivas; la adquisición, la tenencia o el transporte o el porte ilegítimo de sustancias explosivas o de artefactos fabricados con dichas sustancias, definidos en el art.38 del decreto-ley de 18 de abril de 1939 que fija el régimen de los materiales de guerra, armas y municiones; la tenencia, el transporte y el porte de armas y municiones de la categoría primera y cuarta, definidos en los arts. correspondientes del decreto – ley antes citado; -las infracciones definidas en los arts. 1 y 4 de la Ley nº 72-467 de 09 de junio de 1972, prohibiendo la puesta a punto, la fabricación, la tenencia, el almacenamiento, la adquisición y la cesión de armas biológicas, o que contengan toxinas;-las infracciones previstas en los arts.58 a 63 de la Ley nº 98-467 de 17 de junio de 1998 relativa a la aplicación del Convenio de 13 de enero de 1993 sobre la prohibición de la puesta a punto, la fabricación, el almacenamiento y el uso de sus armas químicas y su destrucción;(5) la recepción del producto de algunas de las infracciones previstas en los apartados 1º y 4º anteriores;(6) las infracciones de blanqueo previstas en el presente código;(7) los delitos de uso de informaciones privilegiadas previstos en el art.L465-1 del código monetario y financiero.

Nota 955: Art.300.Organizacoes terroristas. 1-Quem promover ou fundar grupo, organizacao ou associacao terrorista a eles aderir ou a apoiar, é punido con pena de prisao de 5 a 15 anos. 2-Considera-se grupo, organizacao ou associacao terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade ou a independencia nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das intuicoes do Estado previstas na Constituicao, forcar a autoridade publica a praticar um acto a abster-se de praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupo de pessoas ou populacao em geral, mediante a pratica de crimes: a)contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;b) contra assecuranca dos tranporte a das comunicacoes , incluendo as telegráficas, telefónicas,de radio ou de televisao; c) de producao dolosa de perigo comun,atraves de incendio, libertacao de substancias radioactivas ou de gases toxicos ou asfixiantes, de inundacao ou avalanche, desmoronamento de construcao, contaminacao de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusao de doenca, praga planta ou animal nocivos;d) de sabotagem;e) que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo,substancias ou engenhos explosivos, meios incendiarios, de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas;3-Quem chefiar ou dirigir grupo, organizacao ou associacao terrorista é punido con pena de prisao de 10 a 15 anos.4-Quando un grupo, organizacao ou associacao terrorista ou as pessoas referidas nos nº 1 ou 3,possuírem qualquer os meios indicados na alínea e) do nº 2, a pena é gravada de um terco nos seus limites mínimo é máximo.5-Quem praticar actos preparatórios da constitucao de grupo, organizacao o associacao terrorista é punido con pena de prisao de 1 a 8 anos.6-É correspondentemente é aplicável o disposto no nº 4 do artigo 299º. Artigo 301º. Terrorismo.1-Quem praticar qualquer dos crimes previstos nas a líneas a) a d) do nº 2 do artigo anterior, ou qualquer crime o emprego de meios referidos na alinea e do mesmo preceito, con a intencao nele referida, é punido con pena de prisao de 2 a 10 anos, ou con a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terco nos seus limites minimo e máximo, se for igual ou superior àquela.2. A pena pode ser especialmente atenuada ou nao ter lugar a punicao se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificacao ou a captura de otros responsáveis.

Nota 962: Una Historia de ETA podría empezar diciendo que el 7 de junio de 1968 cometió su primer atentado, acabando con la vida del Guardia Civil José Pardines Arcay, en un control de tráfico en la localidad guipuzcoana de Villabona. Aunque algunos etólogos sostienen que la primera víctima mortal de ETA fue una niña de año y medio de edad que murió como consecuencia de las heridas producidas por una bomba colocada en la estación de Amara, en San Sebastián, en junio de 1960. Desde aquel primer atentado, las cifras de la actividad de ETA son sencillamente escalofriantes. Los estamentos más castigados han sido las Fuerzas de Seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas. ETA ha asesinado a lo largo de su macabra existencia a unos 200 Guardias civiles, a 145 policías nacionales y a unos cien militares. Pero además, también en la órbita de las Fuerzas de Seguridad, más de una veintena de policías locales han caído, así como casi otros tantos miembros de la Ertaintza y un mozo (mosso d'Esquadra). En la esfera de civiles, la cifra de personas asesinadas por ETA también resulta escalofriante. Casi 400, entre los que se encuentran políticos, magistrados, jueces, empresarios, periodistas, funcionarios, estudiantes, amas de casa, niños, o personas que *"pasaban por allí"*, como las 21 víctimas del atentado más sangriento de ETA: el coche bomba que hizo explotar el 19 de junio de 1987 en el aparcamiento de Hipercor en Barcelona. En cuanto a la del GAL, su contrarréplica, cabe decir que la guerra sucia contra ETA fue protagonista durante doce años de la vida política de este país, desde 1975 –cuando se produjo el primer atentado en la ciudad francesa de Biarritz-hasta 1987 –cuando fue asesinado en San Juan de la Luz Juan Carlos García Goena-. En su primera etapa, entre 1975 y 1981, las operaciones de guerra sucia en territorio francés contra dirigentes de la organización armada fueron ejecutadas por un ramillete de siglas parapoliciales: Triple A, ATE y Batallón Vasco Español (BVE). En ese sexenio de gobiernos de Arias Navarro, Suárez y Calvo Sotelo, los escuadrones de la muerte acabaron con 28 militantes de ETA en una treintena de atentados. En una segunda fase, entre 1983 y 1987 –durante los dos primeros Gobiernos socialistas-, irrumpieron unas nuevas siglas: los GAL, con una tarjeta de visita manchada con la sangre de 27 asesinatos y 40 atentados. En esa estrategia antiterrorista, Felipe González, que había barrido en las elecciones de octubre de 1982 al centrismo con más de 10 millones de votos, no aplicó el programa del cambio. El entonces presidente más joven de la Historia de España explicaba años después, tras su llegada a la Moncloa, las causas del terrorismo de Estado. Lo hacía en la primavera de 1997 en un hotel de Madrid, en la presentación del libro 2001 días en Interior, de su ex ministro José Barrionuevo,

ante un auditorio muy selectivo formado, entre otros, por varios condenados e imputados por casos de los GAL. González, que en una comparecencia parlamentaria en julio de 1995 había calificado de *"montaje"* las críticas de Julio Anguita sobre la implicación de su Gobierno en la creación de los GAL, reconoció por primera vez, entre líneas y con tibieza, su supuesta responsabilidad. Eso sí, utilizaba un lenguaje críptico, escudándose en el símil del acordeón para explicar la Transición y justificar, al mismo tiempo, una política antiterrorista que había llevado a la cárcel a la cúpula de Interior y a varios Generales: *"Nosotros fuimos leales a una Transición"*, decía González, *"que no vindicaba el pasado, que vindicaba el futuro... De ahí nuestra lealtad con los Gobiernos que nos precedieron, de hasta el final, de algunas de esas operaciones de acordeón inacabadas, que se acabaron, durante nuestro gobierno, de algunas de aquellas operaciones que hubo que aplicar para acabar con una parte de la violencia terrorista, que se acabaron con nuestro gobierno y con la ayuda de personas que sabían que había que superar aquella fase y seguir avanzando"*. González, ante la sorpresa de los asistentes, incluido el propio Barrionuevo, cambiaba su estrategia del *"no hay pruebas ni existirán"* y reconocía: *"En esa maravillosa operación de acordeón hay una serie de protagonistas que permitieron superar el bache y consolidar la democracia"*. ¿Y quiénes eran para González aquellos protagonistas de tan *"maravillosa operación"*? Barrionuevo, Vera y los Generales Rodríguez Galindo, Alonso Manglano, Cassiriello y Sáenz de Santamaría. Todos ellos, condenados o imputados por casos de guerra sucia... Para algunos, la herencia de la guerra sucia es incuestionable... Sin embargo, Jesús G., un ex colaborador del BVE que dio cobertura al comando que asesinó al dirigente etarra José Miguel Beñarán Ordeñana, Argala, el 21 de diciembre de 1978 –dos semanas después de la aprobación de la Constitución–, y que colaboró después indirectamente con los GAL, mantiene que la guerra sucia de los 80 nada tiene que ver con la preconstitucional: *"Los GAL estuvieron estructurados piramidalmente de arriba abajo, actuaban con mercenarios, utilizando fondos reservados del Estado y, como se ha demostrado judicialmente, contaban con la implicación de responsables políticos. En cambio, el BVE nunca tuvo estructura de Estado, los activistas actuaban por ideales y desde luego nadie se llevó un duro. Además, el BVE fue más efectivo que los GAL, que fueron unos chapuceros"*... El nacimiento de los GAL,..., respondía a un diseño político por el que los gobiernos socialistas implicaron activamente a las estructuras del Estado: Guardia Civil, Policía y Cesid. De ahí que, como declararon ex altos cargos de la lucha antiterrorista, existían tres categorías de GAL, según el color de los uniformes: azules (Policía), verdes (Guardia Civil) y marrones (militares del Cesid). Además, el grupo antiterrorista disponía de un logotipo y de un sello propio para reivindicar los atentados, que fue diseñado y confeccionado por el mismo Cesid. El logo era una réplica del propio escudo de ETA, pero en él el hacha descabeza a la serpiente... En julio de 1983, el Cesid elaboró un informe secreto, conocido como *"acta fundacional"* de los GAL, cuyo contenido ponía de manifiesto que el primer objetivo militar era el secuestro de miembros destacados de ETA para su eliminación. Pero, para acometer esa estrategia, el nuevo Gobierno de Izquierdas se había quedado sin los mercenarios que formaban los escuadrones de la muerte de la Transición. La ideología ultraderechista de sus componentes les impedía colaborar con el PSOE. Siguieron muy pocos, como el ex agente de la OAS Jean Pierre Cherid, que ya estaba en la nómina de la Guardia Civil. Por tanto, los cerebros de la guerra sucia decidieron tirar de lo que tenían a mano: guardias civiles, policías y agentes secretos, como se pudo demostrar judicialmente en varios sumarios. Aún así, José Amedo también contrató mercenarios en Francia y Portugal. Otros documentos del Cesid secretos hasta 1995, también desvelaron los preparativos de la Guardia Civil del cuartel de Intxaurrondo, que estaba bajo el mando de Rodríguez Galindo. Las líneas maestras de la guerra sucia de los agentes secretos coinciden con las que Felipe González transmitió a Pedro J. Ramírez (Periodista Director del Mundo) el 7 de diciembre de 1987 en los pasillos del Congreso, con ocasión de la celebración del Día de la Constitución: *"El único pacto, la única negociación que cabe con ETA y su entorno, es que si ellos nos dejan de matar a nosotros, nosotros les dejaremos de matar a ellos"*... Dentro de las diferentes acciones pre y postconstitucionales, algunas destacan por sus consecuencias políticas o por su extremada violencia: asesinato de Argala para vengar la muerte de Carrero Blanco, ya que el dirigente etarra había conectado los cables de los explosivos (Bayona, 1978); ametrallamiento de los bares de Hendayais, dos muertos (Hendaya, 1981), y Mon Bar, cuatro muertos (Bayona, 1985); asesinatos de José Antonio Lasa y José Ignacio Zabala (1983) y Santiago Brouard (Bilbao, 1984); secuestro de Segundo Marey (Hendaya, 1983), y atentado contra García Goena (San Juan de Luz, 1987). Según Ignacio Gordillo, fiscal de la Audiencia Nacional que impidió que el *"caso Marey"* prescribiera, afirma en su artículo *"La Justicia pudo con los GAL"*, en el mismo diario *"El Mundo"* de 6 de diciembre de 2003, que *"... Los GAL han servido para demostrar que contra el terrorismo, del signo que sea, sólo cabe la aplicación de la Ley. Intentar terminar con el terrorismo creando a su vez más terrorismo fue un enorme error. El Estado de*

Derecho tiene armas legales más que suficientes para defenderse de los terroristas, pero siempre desde la más estricta legalidad. Nuestros propios Tribunales han juzgado con todas las garantías, pero también con todo rigor, los delitos cometidos por los GAL. Y es que la Constitución de 1978, aprobada por la inmensa mayoría de los españoles, no permite otra solución que la aplicación de la Ley (“El Mundo” de 6 de diciembre de 2003, artículo de Manuel Cerdán “Operación acordeón”).

Nota 964: Como la Ley de Aguas –RDL 1/01,20 de julio-, de Costas –Ley 22/88, de 28 de junio-, de Puertos –Ley 27/92, de 24 de noviembre-, de Carreteras y Caminos –Ley 9/90, de 28 de diciembre-, de Vías Pecuarias –Ley 3/95, de 23 de marzo-, de Minas –Ley 22/73, de 21 de julio-, de Montes –Ley 43/03, de 21 de noviembre-, y la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, complementadas con sus autonómicas. Además, habría que tener también como referencia la legislación de Expropiación Forzosa (Ley de 16 de diciembre 54 y su Reglamento de 26 de abril de 1957) y, en fin, toda la normativa concordante que por su relación con la anterior pueda verse de alguna manera afectada, o la especial propiamente castrense como pueda ser la relativa a materia patrimonial –Ley 8/75, de 12 de marzo de Zonas de Seguridad e Interés para la defensa nacional y su Reglamento de desarrollo aprobado por RD 689/78, de 10 de febrero-, inclusive la ambiental entre otras (imagínese el peligro de amenaza de uso de arma nuclear).

Nota 965: Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/95, de 23 de marzo; de la Sociedad Limitada Nueva Empresa 7/03, de 01 de abril, de las Sociedades Anónimas RDL 1564/89, de 22 de diciembre, de las Sociedades Laborales 4/97, de 24 de marzo, de Cooperativas 27/99, de 16 de junio, de Agrupaciones de Interés Económico 12/91, de 29 de abril, Código Civil para Sociedades Civiles y Comunidades de Bienes, de las Sociedades de Garantía Recíproca 1/94, de 11 de marzo, y de Asociaciones por Ley O. 1/02, de 22 de marzo.

Nota 966: La posibilidad actual de imponer sanciones administrativas privativas de libertad por la Administración Civil ha quedado expresamente anulada de raíz con el art.25.3 de la vigente constitución. **Sólo la Administración Militar**, según posibilidad autorizada además por el Tribunal Constitucional (Desde STCs de 15 de junio de 1981 y 12 de mayo de 1982), puede a través de la correspondiente ley disciplinaria militar (LORDFAS) -y en virtud de las reservas prorrogadas del Gobierno español de los arts.5 y 6 del CEDH (es citable al respecto el famoso Caso Engel et al V.Netherland)- imponer tal tipo de sanciones bajo el argumento de facilitar a las autoridades militares el recurso a medidas más duras con las que garantizar, sólo garantizar, el mantenimiento del orden y de la disciplina interna dentro de las Fuerzas Armadas. En este sentido con un análisis comparado de esta medida entre el sistema británico y el español se llega a tres conclusiones: (1) que en ambos han existido históricamente similares instrumentos de privación o limitación de libertad,(2) su carencia de garantías jurídicas, y (3) que fueron establecidas históricamente por razones políticas. Como hitos similares que delimitan los puntos de inflexión de la trayectoria institucional de estas medidas están, por un lado, la Petition of Right (1628) inglesa junto con la Constitución española de 1812 en la medida en que ambas trataban de eliminar la –hasta entonces- absoluta discreción real para adoptarla; y, por otro, que en ambos países la llegada de la economía planificada y colectivizada del siglo XIX supuso a la par el auge de esta medida. En cuanto a su naturaleza el Derecho Penal Administrativo en España fue desarrollado básicamente por Gobiernos autoritarios y no democráticos y, aunque las privaciones de libertad impuestas por el ejecutivo han desaparecido en España, salvo en lo que al ámbito militar se refiere, no ocurre así en Gran Bretaña. Puede ser criticable apoyándose en el caso Engel que en España la Administración Militar retenga ese “poder”, y el hecho de que el art.12.2 de la Ley O.4/1981 prevea las figuras de la movilización y la militarización demuestra que cabe la posibilidad de reintroducir este tipo de medidas privativas de libertad, toda vez que por la reserva del Gobierno español a los precitados arts. del CEDH el Tribunal Europeo no es competente en su caso para juzgarlo. Que el derecho penal administrativo no haya desaparecido totalmente en España y que las “ordenes de exclusión” sigan funcionando en el Reino Unido lleva a considerar la uniformidad de actuación de los Gobiernos de uno y otro Estados cuando aplican su sola discreción.

Nota 967: Dejando a un lado que terminológicamente en España estas vocablos tienen un contenido diferente, ya que si la segunda es una medida cautelar el primero es una pena o una sanción disciplinario-militar en su caso, por la comparación con respecto al Derecho inglés la palabra “arresto” la entenderemos como detención. Asimismo un sector doctrinal (**SERRANO GÓMEZ, A.** (1978) “La detención: garantías del detenido en la CE de 1978”. En Anuario de Derecho

Penal, 1978, p.549.) ha señalado que el plazo máximo de detención de tres días previsto en el art.17 de la CE tiene su único antecedente en el art.18 de los Fueros de los Españoles porque la tradición constitucional española anterior ventilaba la máxima duración del arresto a un solo día, lo cual no quiere decir que en la fijación del plazo final de tres días máximo no se haya seguido el estándar común del Derecho comparado europeo y democrático. Ahora bien, lo que sí ha sido largamente debatido por la doctrina es si la Policía tiene el poder de arrestar o detener con el fin de interrogar para adquirir información: en contra de **GIMENO SENDRA** sí es partidario de ello **SERRANO GÓMEZ** al interpretar de forma amplia el antiguo art.282 de la ley procesal penal, discusión que tras la reforma del art.520 de la LECRIM de 4 de Diciembre de 1978 se inclinó a favor de esta interpretación porque el interrogatorio de sospechosos por la Policía ha sido expresamente regulado por la Ley. La excepción a ese sistema, en virtud del art.55.2 de la CE, se encuentra precisamente en casos de terrorismo. El Gobierno ha recurrido a tal precepto para suspender ciertos derechos constitucionales-clave como medio para facilitar las investigaciones de bandas armadas o elementos terroristas. A veces incluso con abusos porque, tal como ha sido señalado en relación al Caso de Santiago Corella “El Nani”, pese a ser un delincuente común, fue detenido en base a la Ley O.11/80 y en el juicio –que acabó con sentencia condenatoria de un comisario y dos inspectores por falsedad y detención ilegal con desaparición forzada- se llegó a revelar que sólo en Madrid y entre 1980 y 1983 la Legislación antiterrorista había sido aplicada – vid. El País de 03 de mayo de 1978- a 443 delincuentes comunes. El art.13 de la Ley 9/84, bajo el precedente del Decreto 10/75 del régimen anterior y siendo su razón (**CRUZ VILLALÓN, P. (1984) Estados de excepción y suspensión de Garantías**. Madrid Tecnos, p.162.) investigar la clarificación de ciertos acontecimientos de por sí más complejos que el de los delitos ordinarios, posibilitaba prolongar la detención preventiva el tiempo necesario para los fines investigadores hasta siete días más siempre que esa propuesta se pusiera en conocimiento del Juez dentro de los tres primeros días a la detención. **VERCHER** justifica (Ob.cit., p. 325) esta prórroga por las dificultades de encontrar pruebas en contextos como los del País Vasco, donde es muy difícil encontrar un solo testigo no atemorizado de los hechos como lo demuestra el que este tipo de actos se cometan “sin escrúpulos” a plena luz del día y en presencia de una colectividad, aspecto social que explica el que el art.15 de la misma Ley también previera la incomunicación del detenido, hasta un máximo de diez días, y con la sola asistencia de un abogado de oficio mientras estuviera sometido a investigación. Incluso estando ya en prisión el Director de la misma podía decidir el mantenimiento de su incomunicación si así se lo comunicaba al Juez, en cuyo caso carecía de asistencia de letrado ya que se entendía que desde ese momento no podía ser ya quizás sometido a torturas por la Policía. Hay que tener en cuenta, además, que la inteligencia es la primera línea de defensa contra el terrorismo político. Parece ser que los Tribunales son conscientes de ello. Así, en STS de la Sala II, de 29 de mayo del 2003, donde fue ponente D. Joaquín Jiménez García, relativa a los incendios de inspiración terrorista manifestados por la Kale borroka en ataques a cajeros de entidades bancarias, en ese caso los del Nilbo Bizkaia Kutxa –BBK-, afirma en su segundo FJ que “(...) se estaría ante un caso típico de identificación con unos difusos y acriticamente aceptados fines políticos, a cuya consecución sea realizan típicos actos de sabotajes en total sintonía con las directrices de la banda ETA, que obviamente actúa desde la clandestinidad por lo que nada tiene de especial la ausencia de documentación acreditativa de una obediencia, ya que la “cultura de la destrucción de pruebas”, es una nota característica de su actividad, no obstante, la sintonía y comunión de actividad e ideas con ETA está claramente proclamado por la naturaleza de los hechos analizados, totalmente enmascarados en la estrategia de la banda armada difundida a través de notas o en sus boletines. Es este un dato que surge del análisis, incluso superficial, de la realidad vasca. Al respecto no cabe ambigüedad o ignorancia. (...) La prueba pericial de “inteligencia policial” (...) está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los arts.456 LECRIM como el art.335 LEC cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del art.741 de la LECRIM. En tal sentido podemos citar la sentencia de esta Sala 2084/2001 de 13 de diciembre. (...). En cualquier caso entre las garantías de todo detenido están las que prevé el art.389 de la LECRIM, es decir, que en el interrogatorio las preguntas serán directas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de un modo capcioso o sugestivo, prohibiéndose además utilizar con el procesado cualquier género de coacción o amenaza, y el art.393, que prevé para el caso de un interrogatorio prolongado o cuando por el número de preguntas hechas al procesado éste haya perdido la serenidad de juicio para responder adecuadamente, se procederá a la suspensión del

interrogatorio concediéndosele el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. Por otra parte también está la tradicional tipificación del delito de detención ilegal en el Código Penal y a nivel constitucional el derecho a la vida y a la integridad física del art.15 que habilitan tanto la tipificación del delito de tortura como el procedimiento de hábeas corpus por Ley 0.6/84. Por su parte, la Ley O 4/88 que introdujo el art.520 bis de la LECRIM (a consecuencia del octavo fundamento jurídico de la STC de 16 de diciembre de 1987) permitía la prolongación de la detención hasta un máximo de dos días siempre que solicitada tal prórroga dentro de las primeras cuarenta y ocho horas de la detención se autorizase por el Juez dentro del día siguiente, al igual que en resolución motivada sobre la petición de incomunicación efectuada en su caso. Por último, **LAMARCA PEREZ, C.** (1989) “*La Última Receptación de la Normativa Antiterrorista en la Legislación Común*”. Artículo en Prensa, p.40., destaca el control parlamentario siempre existente como garantías de la detención con arreglo a los arts.55.2 y 66.2 de la Carta Magna.

Nota 968: Independientemente de la tradicional atenuante de arrepentimiento espontáneo España ha introducido en 1981 la figura italiana del arrepentido (excepto para delitos de sangre) para combatir a ETA, que es homónima a la del “pentiti” italiano cuando ya con anterioridad este país hizo lo propio con las Brigadas Rojas y a raíz del secuestro de Aldo Moro poco antes de ser éste asesinado, por lo que la institución del “supergrassés”, si bien es considerada como muy eficaz en Inglaterra cuando lo es en esta faceta de arrepentido, no es así exclusiva del Derecho anglosajón. También en el Derecho francés y alemán esta institución fue más tarde incorporada a imitación del sistema legal italiano, pero como precisa **VERCHER** (Ob.cit., p.350) el sentido de recompensa que esta figura tiene se valora en estos países –Alemania, Francia e Irlanda del Norte-, a diferencia de Italia y España, más en función de la utilidad de la información proporcionada que del mero acto de contrición del arrepentido e inquirido (¿Influencia remota de Torquemada y la Inquisición? Vid. **VERCHER**, Ob.cit.p. 358 y ss. y STS 12 de marzo de 1970 y 24 de diciembre de 1982.), mientras que por otro lado en el sistema anglosajón (EE.UU e Inglaterra) también se puede hacer un uso más flexible de esta figura a través de la institución procesal del “plea bargaining” (**VERCHER**, Ob.cit. p.351.), esto es, la admisión de unas negociaciones entre acusación y defensa antes del juicio y a cuyo resultado “tiene” que someterse el Juez porque el Fiscal - y esto es lo que la diferencia del posible acto procesal español de conformidad - no está obligado a acusar en base a los principios estatutarios de discrecionalidad u oportunidad político-criminal. En España **TOMÁS Y VALIENTE, F.** (1969): “*El Derecho Penal en la Monarquía Absoluta, (Siglos XVI, XVII y XVIII)*”. Madrid. p.168., ha destacado que la figura del soplón, chivato o “malsín” tuvo predicamento de uso en la época de las monarquías absolutas, y ello pese a detractores tan autorizados como Beccaria (Vid. **VERCHER**, Ob.cit., pp. 354-356.), pudiéndose señalar como vestigios posteriormente positivados de esta figura en otras afines tales como la del “espontaneamiento” prevista en el art.204 del CP de “la Gloriosa” para caso de sociedades secretas o, similarmente, ya más modernamente en el art.8 de la Ley de 1940 sobre masonería (en la época ya de Franco, otorgando un plazo de dos meses desde su entrada en vigor para poder emprender una prudente retirada haciendo así bueno el dicho de que “a delincuente o enemigo que huye, hay que tenderle puente de plata”) o Decreto de 1947 sobre la represión del bandidaje y terrorismo (en cuanto a los requisitos de reducción de pena). Con ocasión ya del estudio del art.6 de la Ley 9/84 –arts. 57 bis b) y 98 bis del C.P de 1973 tras la Ley O.3/88- **LAMARCA PEREZ,C.** Ob.cit., p. 330, no obstante, sí ha señalado una diferencia del sistema español con respecto al italiano: mientras que en éste se encuentra prevista la posibilidad de revisar una sentencia reductora de pena por arrepentimiento si se ha llegado a demostrar que la declaración del que se deduce es falsa, ello no se prevé en el ordenamiento español, lo que le ha llevado a decir que nuestro sistema es en este aspecto “*incluso más generoso que el italiano*”. Por otro lado, la citada jurista (Ibidem, p. 321.) critica el común sistema italiano (anterior a la reforma de 1987) y español en materia de arrepentimiento porque al seguirse el criterio práctico no de la contrición sino de la regla de que: “cuanta mayor información se proporcione menos pena se aplicará”, adopta una postura puramente utilitarista, sumándose a esa crítica **VERCHER** (Ob.cit., pp. 367 y 368.) aduciendo como segundo argumento que se trata de un sistema arbitrario “...porque mayores ventajas se conceden a aquellos terroristas que pueden proporcionar más información y de mejor calidad. Esto pone en una posición especialmente privilegiada a los dirigentes y líderes de las organizaciones terroristas que están, obviamente, en mejores condiciones de proporcionar información que el mero terrorista de a pie, aun a pesar de que el líder o dirigente, por su actividad organizadora y de dirección, puede tener una mayor responsabilidad que un simple miembro de la organización”; y como tercero, que “Sin embargo, en aquellos supuestos en que el terrorista sufre una verdadera contrición, un verdadero proceso de arrepentimiento, sí sería aplicable la circunstancia de arrepentimiento espontáneo del art.9.9 del

C.P. En consecuencia, el terrorista arrepentido, en base a su arrepentimiento, puede obtener una ventaja adicional en forma de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo, que implica, obviamente, una nueva reducción de la pena aplicable. Esta reducción, sin embargo, es mucho menos "ventajosa" que la proporcionada por el art.6 de la Ley O. 9/84 o por los "actuales" 57 bis b) y 98 bis del C.P". Ahora bien, ¿por qué ha tenido menos éxito esta medida en España que en Italia? La respuesta, según la mayoría de observadores, es que en España ha tenido más cabida que en Italia la figura del reintegrado puesto que la política de inserción se potenció en España bajo mandato de gobiernos socialistas en la década de los ochenta y sirviéndose para ello de la Ley de indultos de 18 de junio de 1870 para los que no hubiesen cometido delitos de sangre y prometieran renunciar a la lucha armada, así en las negociaciones mantenidas con ETA-PM tras el 23-F y los Acuerdos de la Castellana entre los Ministros de Interior de España y Francia en el verano de 1984. El célebre asesinato por ETA de la insertada Yoyes en 1986 así como la permanente oposición de Herri Batasuna hacia esa política tampoco ayudaría al mantenimiento de la misma en España, pero independientemente del éxito de esas mismas medidas con respecto a la mafia y la camorra, como efecto reflejo ocasionado a la moral de los terroristas italianos y señalado por la autora italiana Rossanda (**ROSSANDA, R.** "Terrorismo y Alternativas Políticas". "El País" de 3 de septiembre de 1986, p.9.), **VERCHER** lo achaca, tal como afirma **FERRACUTI, F.** (1984) "Consecuencias Morales, Sociales y Políticas del Terrorismo". Debate. En: Terrorismo Internacional. Dirigido por Salustiano del Campo. Madrid: Instituto de Cuestiones Internacionales. 1984. Pp. 62-63., a la distinta naturaleza de motivación terrorista de los brigadas rojas y los etarras de no Kale bo roca, o, como afirman Buffa y Giustolisi, a que es más intensa la dureza de fanatismo del terrorista fundador originario que la del que se adhiere a la organización creada, como lo demuestra el hecho de que tal y como pone de manifiesto **VERCHER** (Ob.cit., p. 369) el General Andrés Casinello (antiguo Director de la Guardia Civil), aunque fuera sabedor de que las autoridades españolas hubieran intentado realizar investigaciones psicológicas y sociológicas sobre 500 miembros de ETA en prisión, finalmente no se pudieron llevar a cabo por la total oposición de los propios miembros de ETA.

Nota 974: Este proceso comenzó en Agosto de 1817 cuando con la Pragmática del día 22 se encomendó una nueva labor al Ejército: la supresión del bandolerismo. En relación con esa nueva función el Decreto de las Cortes de 26 de abril de 1821 señalaba la competencia de los Consejos de Guerra, los cuales estarían organizados según los arts.1 y 8 de la Ley -de acuerdo a la Ley 8, Título 12, Libro 12 de la Novísima Recopilación-. En 1875 una Real Orden de 13 de mayo les atribuía una exclusiva competencia sobre los delitos de secuestro, competencia que por art.2 de la Ley de 2.IX.96 se ampliaría a los cometidos con explosivos y los de motivación anarquista. Con Primo de Rivera la competencia de estos Tribunales todavía se ampliaría más porque por R.D de 18 de septiembre de 1923 enjuiciarían los "delitos contra la seguridad y unidad de la patria", por R.D de 13 de abril de 1924 los "robos a mano armada" y por R.D de 17 de marzo de 1926 los "delitos contra el uso y respeto de la Lengua, Bandera, Himno y Escudo Nacionales". Por el contrario, con la II República la Jurisdicción Militar se redujo sólo a los asuntos exclusivamente militares, mientras que con el régimen franquista se volvería a hacer uso de los Tribunales Militares fuera del ámbito castrense mediante su reintroducción por la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 al equipararse a la rebelión, situación que perduraría hasta el Decreto Ley de Febrero de 1976 al exigir como criterios competenciales de conocimiento de la Jurisdicción Militar sobre delitos de terrorismo los siguientes: el que, según su art.1.2, se hubiera cometido "contra el orden institucional, creando una situación de alarma o alterando seriamente el orden público" y que, según el art.1.1, tal delito debería ser cometido "por un grupo armado o por una organización de tipo militar", además de que, según Decreto anterior de 26 de agosto de 1975, la víctima del acto de terrorismo tuviera condición militar; por lo que de acuerdo con estos criterios y desde las leyes de 1971 (42 y 44) los Tribunales ordinarios sólo conocían de ellos si los actos hubieran sido cometidos por individuos solos o por grupos de naturaleza no política. Con la llegada de la Democracia, y más concretamente por aplicación del art.1 del Decreto Ley 3/77, de 4 de Enero, los Tribunales Militares sólo debían intervenir a los supuestos en que la persona o lugar afectado tenían carácter militar, es decir, que su competencia lo era por razón de la persona y del lugar. Asimismo los arts.2.2 y 8 de los Pactos de la Moncloa de 27 de octubre de 1977 estipularon que todo lo relativo al terrorismo a partir de entonces debería regularse en el Código Penal y no en leyes especiales Otra peculiaridad histórica es que existían dos tipos de procedimientos, el de supuestos ordinarios o el sumarísimo previsto en los arts.918-937 del Código de Justicia Militar de 17 de junio de 1945, mientras que la doctrina también ha criticado su falta de independencia durante el régimen del General Franco. Por ejemplo según **AMODIA, J.** (1977) "Franco's Political

Legality". London: Penguin Books Ltd. 1977. P.172., "todos los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar...eran nombrados por Decreto; los Consejos de Guerra eran constituidos "ad hoc" para enjuiciar casos concretos; se constituían por y funcionaban bajo la autoridad del Capitán General de la correspondiente región militar; eran procedimientos que se caracterizaban por su forma rápida y abreviada, con menos garantías para el acusado que en los Tribunales civiles; las penas más severas, con menos posibilidades de recurso y la ejecución de la pena, de ser la capital, llevada a cabo con mucha mayor rapidez". En cuanto a la justificación de este sistema jurisdiccional preconstitucional la doctrina de la época tenía postores y detractores. Entre los primeros, se alegaba la peligrosidad intrínseca de semejantes actos o su carácter cuasi-militar. **DE MIGUEL GARCILOPEZ, A.** (1963) "Ley Penal y Ministerio Público en el Estado de Derecho". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Septiembre-Diciembre 1963. Vol. XVI. P. 262.), por ejemplo, en relación al desarrollo de ese último alegato consideraba que no sería adecuado recurrir a unos Tribunales Ordinarios que por su propia naturaleza no estaban adaptados a situaciones de "emergencia pública", siendo además natural la limitación de garantías procesales en los procedimientos sobre su enjuiciamiento porque tales actividades hostiles (aun siendo de naturaleza militar) son cometidas por hombres sin bandera ni uniforme, lo que les priva del derecho a recibir el tratamiento que merecen los soldados. Para los segundos, así **NÚÑEZ BARBERO, R.** (1971) "Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común", en: Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal. Salamanca: Universidad de Salamanca. Págs.41-42., había razones de oportunismo político, para **DE MIGUEL ALONSO, C.** (1971) "La Unidad de Jurisdicción en Materia Penal", en: Problemas Actuales de D. Penal y Procesal. Salamanca. Universidad de Salamanca. 1971. Pág. 62., una finalidad de aceleración de los procedimientos penales, y, desde el punto de vista histórico, para el General Manuel Díez-Alegría (**DÍEZ ALEGRÍA, M.** (1972). "Ejército y Sociedad". Madrid: Alianza Editorial. 1972. Págs. 170-177.) era el resultado de una elevada dosis de autoritarismo junto al tradicional entusiasmo de las Fuerzas Armadas españolas por intervenir en los asuntos de Estado al considerarse, según algún autor extranjero, "a sí mismas las supremas protectoras de la unidad nacional", poniendo **VERCHER** como ejemplo de esta explicación, para él la más realista tesis (**VERCHER, Ob.cit.**, p. 402 ut supra.), las circunstancias que rodearon la aparición de la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 2006, es decir, que detrás de cualquier caricatura ridiculizadora - en el fondo- estaba la autoconsideración del Ejército como única solución al separatismo catalán en cuanto a la amenaza que ello suponía a la unidad nacional.

Nota 976: - En cuanto al **origen:** La Convención Interamericana surge porque ante los atentados al World Trade Center y el pentágono la OEA en su sesión especial de ese mismo día (11-S) en Lima (Perú) expresó, tal como se hace constar en su Comunicado de Prensa (E-005/01, de 11 de septiembre de 2001.), "su más enérgica condena a los actos terroristas y manifestó la necesidad de fortalecer la cooperación hemisférica para combatir este flagelo que hoy enluta al mundo y a la comunidad hemisférica".- En cuanto a la **definición:** Que no definen claramente el terrorismo, porque desde luego y al menos en la elaboración de la Convención interamericana no se llegó a un acuerdo sobre su definición. Sin embargo, la Convención interamericana lo alude en el texto (arts.1, 4 y 7) como un delito autónomo a pesar de no definirlo.- Sobre su **Alcance:** Es limitado. No contemplan propiamente el terrorismo de Estado.- Sobre la **tipificación:** La Convención Interamericana remite la descripción de los actos terroristas en distintos apartados de su art.4 a "los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2". Por su parte, el Convenio Europeo se refiere de manera similar a las infracciones terroristas remitiéndose en su art.1 a la definición que de ellas se hacen en los Tratados Internacionales que figuran en su Anexo.- La distinta importancia de las **fronteras:** La Convención interamericana sí les da importancia porque en el art.7 promueve "la cooperación y el intercambio de información" para mejorar las medidas de control fronterizo y aduanero.-En cuanto a **deportaciones:** El art.10 de la interamericana prevé el traslado de personas bajo custodia entre el Estado detentor y el requirente. No lo regula como una extradición.-En cuanto a **la no consideración de "delito político":** El art.11 de la interamericana conculca la excepción de delito político para esta clase de delitos. El art.20 del Europeo hace lo propio.-En materia de **asilados y refugiados:** El art.12 y el 13 de la Interamericana estipulan la falta de reconocimiento de tales estatutos a aquellos "de los cuales haya motivos fundados" para considerarlos terroristas. Por su parte, el Europeo se rige en esta materia por unas "líneas directrices" que el propio Consejo emitió el día 15 de junio de 2002 y donde en su art.XII prevé, por un lado, que "cuando el Estado tiene motivos serios de creer que una persona que busca beneficiarse del asilo ha participado en actividades terroristas, el estatuto de refugiado debe serle negado", y por otro, la prohibición de las "expulsiones colectivas", imperativo este último, sin embargo, que por la UE ha sido removido en su reunión de Sevilla de

Junio de 2002 para evitar gastos y distintos fletes de avión en relación con el problema de la inmigración ilegal. Tienen como crítica común, consecuente con todo lo anterior, que su aplicación permite la analogía penal, contraria al principio de legalidad. No obstante, al tener en cuenta la Convención de Barbados el mandato del Consejo de Seguridad de la ONU en su Resolución 1373, tanto esta Convención como la normativa de la UE se preocupan a la vez de adoptar "medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación" del terrorismo (art.4 de la Convención interamericana), del "embargo y decomiso de fondos" (art.5 idem) y de "los delitos determinantes del lavado de dinero" (art.6 idem) así como de la necesidad de hacer mención expresa a los Derechos Humanos (art.15 idem) cuya salvaguardia en todo caso fue desarrollada en un Informe (Informe del 116 período ordinario de sesiones, "sobre terrorismo y derechos humanos", donde los Gobiernos y, sobre todo, el CICTE, pueden encontrar un referente para la interpretación y aplicación de esta Convención a situaciones de violencia terrorista.) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de octubre del 2002.

Nota 980: Con ocasión de la cumbre (diciembre de 2003) de Bruselas, si bien se aplazó sine die la aprobación de la Constitución europea, se aprobaría la Estrategia Europea de Seguridad. Sus necesidades apuntadas son tres: (1) responder a las amenazas, (2) el fomento de la seguridad en nuestra vecindad, y (3) el desarrollo de un multilateralismo eficaz. Con arreglo a ellas, y ante el nuevo desafío del terrorismo, durante la presidencia irlandesa, se acordaría la creación de una pequeña célula civil y militar en el seno del Estado Mayor de la UE. En la versión que fue fijada del proyecto de "Tratado por el que se establece una Constitución Europea" por la Conferencia Intergubernamental de 18 de abril de 2004 (art.1-43) la UE y sus Estados miembros se comprometieron a una acción conjuntamente solidaria en beneficio de cualquiera de ellos para caso de que se fuera víctima de un ataque terrorista o de una catástrofe natural o de origen humano. Incluso los medios militares de la Unión, no sólo los civiles (así la Gendarmería Europea de nuevo cuño) deberán verse movilizados en tales casos, explicitados concretamente en la finalidad de "a) prevenir el riesgo de terrorismo en el territorio de los Estados miembros; proteger las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas; aportar asistencia a un Estado miembro en el territorio de este y a petición de sus autoridades políticas, en caso de ataque terrorista; b) aportar asistencia a un Estado miembro en el territorio de este y a petición de sus autoridades políticas, en caso de catástrofe natural o de origen humano".

Nota 985: 1. Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963 sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves. 2. El de represión de apoderamiento ilícito de aeronaves. La Haya, 16 de diciembre de 1970. 3. El de represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. Montreal 23 de septiembre de 1971. 4. El de prevención y castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de Nueva York 14 de diciembre de 1973. 5. El Convenio de Estrasburgo para la represión del terrorismo. 22 de enero de 1977. 6. La Convención de 1979. Nueva York, 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes. 7. El de la protección física de los materiales nucleares. Viena. 3 de marzo de 1980. 8. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional. Montreal 24 de febrero de 1988. 9. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Roma. 10 de marzo de 1988. 10. Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Roma. 10 de marzo de 1988. 11. Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección. Montreal. 1 de marzo de 1991. 12. Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Nueva York. 15 de diciembre de 1997. 13. El de Naciones Unidas para la represión de la financiación del terrorismo. Nueva York. 9 de diciembre de 1999.

Nota 988: Necesidades: una amplia alianza orientada a la erradicación de la pobreza y la instauración de la Democracia, el respeto del Estado de Derecho y los Derechos Humanos a escala mundial. Ello requiere a nivel internacional que las Naciones Unidas adopten la Convención mundial contra el terrorismo, así como la Convención para la eliminación de toda forma de terrorismo, que la UE defienda con una sola voz el modelo europeo basado en la protección de los derechos fundamentales, mantenerse firmes y negar a los terroristas cualquier recompensa por sus crímenes, especialmente por su deferencia a las víctimas y sus familias, rechazar cualquier intento de justificar, excusar, tolerar o disculpar los actos de terrorismo mediante actos o declaraciones que no condenen dichas actividades terroristas y condenarse cualquier tentativa de rendir homenaje a miembros de grupos terroristas o de servirse de instituciones democráticas en

beneficio de grupos terroristas. Para evitar el “choque de civilizaciones “ (punto 21) pide a la Comisión que siga desarrollando el método de “hermanamiento” (punto 24) y opina que es esencial fomentar la estabilidad económica y política en las fronteras exteriores de la Unión ampliada, haciendo el mejor uso posible de los programas PHARE, TACIS e Interreg y desarrollando la cooperación transfronteriza (punto 26), constituyendo un elemento primordial en la lucha contra el terrorismo la solución del conflicto de Oriente Medio (punto 27).

Nota 994: Cada Estado miembro, dice ya el art.2, designará entre sus servicios policiales un servicio especializado que tendrá acceso a toda información pertinente y tomará todas las medidas necesarias para garantizar que determinada información, recogida por aquel servicio, se comunique a Europol. Asimismo, según el art.3, cada Estado miembro designará un corresponsal nacional de Eurojust para los asuntos de terrorismo y adoptará las medidas necesarias para garantizar que la información antes relacionada se comunique a Eurojust. Según el art.4 adoptarán, cuando proceda, también las medidas necesarias para constituir equipos conjuntos de investigación, se tramitarán estos asuntos con carácter de urgencia y de prioridad (art.6) y, por fin, según el art.7 cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para garantizar que toda información pertinente contenida en cualquier documento, expediente, dato, objeto u otro medio de prueba, intervenido o confiscado durante investigaciones o procedimientos penales seguidos en relación con delitos de terrorismo contra cualquiera de las personas, grupos o entidades que figuran en la lista, pueda ser asequible o esté disponible de forma inmediata para las autoridades de otros Estados miembros interesados de conformidad con la legislación nacional y los pertinentes instrumentos jurídicos internacionales cuando en dichos países se estén llevando a cabo o pudieran iniciarse investigaciones contra aquellos en relación con delitos de terrorismo.

Nota 999: Acto del Consejo, de 16 de octubre del 2001, por el que se celebraba de conformidad con el art.34 del Tratado de la UE, el protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, de la Directiva 2001/97/CE (Lceur/2001/4531) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre del 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE (Lceur/1991/718) del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, de la Decisión 2002/187/JAI (LCEur/2002/611) del Consejo, de 28 de febrero del 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, de la Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio del 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, y de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio del 2002, relativa a la orden de detención europea.

Nota 1000: La Posición común 2001/930/PESC del Consejo, de 27 de diciembre del 2001, relativa a la lucha contra el terrorismo, que contempla directamente la lucha contra la financiación del terrorismo y recoge expresamente las resoluciones de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de la ONU; la Posición Común 2001/931/PERSC del Consejo, de 27 de diciembre del 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, que contiene en anexo una lista de personas, grupos y entidades implicadas en actos terroristas; el Reglamento (CE) nº 2580/2001 (LCEur/2001/4530) del Consejo, de 27 de diciembre del 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas entidades y personas con el fin de luchar contra el terrorismo, y la Decisión 2001/927/CE (LCEur/2001/4533) del Consejo de 27 de diciembre del 2001 por la que se establece la lista previa en el apartado 3 del art.2 del Reglamento (CE) nº 2580/2001 (LCEur/2001/4530), sustituida por la Decisión 2003/646/CE/LCEur/2003/2781) (DO L 229, 13,9,2003,p.22); la Posición común 2002/402/PESC del Consejo, de 27 de mayo del 2002, por la que se adoptan medidas restrictivas contra Usamah Bin Ladin, los miembros de la organización Al Qaida, los talibanes y otras personas, grupos, empresas y entidades asociadas a ellos; el Reglamento (CE) nº 881/2002 (LCEur/2002/1380) del Consejo, de 27 de mayo del 2002; la Decisión 2003/48/JAI (LCEur/2003/109) del Consejo, de 19 de diciembre del 2002, relativa a las medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo de acuerdo con el art.4 de la Posición común 2001/931/PESC.

Nota 1001: De ellas mencionamos: la constitución de un equipo de expertos en Europol, el que la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio del 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, constituya en lo sucesivo el “zócalo” legislativo común de la Unión en el ámbito del Derecho Penal porque aproxima los tipos y sanciones en la Unión, define los elementos de las infracciones en materia de terrorismo, entre ellos su financiación, habla sobre el vínculo del terrorismo con la delincuencia organizada, en particular, del tráfico de armas, de estupefacientes y

de diamantes y, también, de la falsificación y piratería de productos, y, por último, la Propuesta de Decisión Marco del Consejo, de 6 de noviembre de 2007, que modifica la de 2004, presenta el aspecto positivo de ampliar el ámbito de la Decisión Marco a tres nuevos delitos: la incitación pública, el reclutamiento a efectos de cometer actos terroristas y la formación con fines terroristas, elementos que ya figuran en el Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 2006, nº 196, sobre prevención del terrorismo. Por su parte, la Comisión, en su Informe de 6 de noviembre de 2007 precisa, no obstante, que siguen existiendo lagunas e incumplimientos por los Estados en su transposición. Ya en otro Informe de 8 de julio de 2004 se dejó constancia de una transposición sólo parcial en las legislaciones nacionales de comportamientos específicos como robo con agravante con fines terroristas o la complicidad.

Nota 1003: Esta Decisión es importante porque sanciona la dirección de un grupo terrorista, tipifica las distintas formas de participación en las actividades de un grupo terrorista, prevé la inducción, la complicidad y, en la mayoría de los casos, la tentativa de estos distintos delitos; en cuanto a las penas, introduce un principio de “circunstancia agravante” al establecer que los “delitos de terrorismo” y algunos otros vinculados al terrorismo deben implicar penas privativas de libertad más severas que las previstas por el Derecho nacional cuando se cometen fuera de un contexto terrorista. Fija el mínimo de las penas privativas de libertad máximas en 15 años por dirigir un grupo terrorista y en 8 años por participar en un grupo terrorista. Enumera una serie de sanciones de que pueden ser reo las personas jurídicas (se quiebra en este campo el principio “societas non delinquere potest”). Prevé un sistema de “arrepentidos” integrando las circunstancias particulares que permiten a los Estados miembros reducir las penas de cárcel cuando el terrorista renuncia a sus actividades o proporcione alguna información a las autoridades administrativas o judiciales. Por último, este texto establece normas de competencia jurisdiccional y disposiciones para facilitar la coordinación entre los Estados miembros y la centralización de las actuaciones judiciales.

Nota 1012: Por ello propone un registro europeo de condenas e inhabilitaciones que tiene la ventaja de evitar utilizar este procedimiento e implica un ahorro de tiempo apreciable, pero exige tratar una serie de problemas prácticos y jurídicos: Primero. El programa de medidas señala dos usos: (A) detectar la reincidencia y (B) extender la inhabilitación al conjunto del territorio de la UE. Segundo. Es cierto que pueden considerarse otras finalidades: (a) la aplicación por el Juez del principio “non bis in idem” en caso de condena por las mismas infracciones en otro Estado miembro, y (b) también la prevención de la penetración en el sector público y en el sector privado legal de los grupos terroristas y la delincuencia organizada. El estudio recomienda la instauración de un registro europeo de condenas e inhabilitaciones relativas a las personas físicas y jurídicas condenadas por actos de delincuencia organizada o terrorismo; también preconiza un acceso directo para las autoridades públicas encargadas de recoger datos sobre las personas jurídicas con el fin de prevenir la infiltración del terrorismo y la delincuencia organizada, y añade que tal registro debe ser accesible a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal, los servicios de policía y las instancias públicas encargadas de mantener los registros de personas jurídicas. Y Tercero. Por último, también con el fin de controlar el acceso a algunas profesiones, es necesario decidir si procede prever la posibilidad de que un individuo solicite un certificado que acredite que no figura en el registro.

Nota 1013: Explica que hay que franquear una etapa para mejorar el intercambio de información. La Decisión 2003/48/JAI (Lceur/2003/109) del Consejo, de 19 de diciembre del 2002, relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo ya constituye una etapa importante. Este texto mejora los intercambios de información sobre las investigaciones ya los procesos penales relativos a las “personas, grupos y entidades” que figuran en el Anexo de la Posición común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre del 2001. Amplía el ámbito de aplicación de estos intercambios de información a todos los delitos de terrorismo, de forma que la obligación de información será aplicable a todos los delitos sobre la lucha contra el terrorismo. Estos intercambios de información deben referirse a todas las fases del procedimiento, incluidas las condenas penales, pero la Decisión 2003/48/JAI (Lceur/2003/109) no contempla las informaciones vinculadas a la condena. Mantiene que Europol y Eurojust deberían ser destinatarios de esta información, ya se trate sobre las investigaciones, procesos o condenas por delitos de terrorismo. El art.93 del Convenio de Schengen de 1990 prevé que el sistema de información aquí abordado tenga por objeto preservar el orden público, incluida la Seguridad del Estado, así como aplicar las disposiciones sobre la circulación de personas. El Consejo de Laeken reforzó el compromiso en tal sentido, resultando en un Reglamento (871/04, de 29 de abril) y una

Decisión (2005/211, de 24 de febrero), ambos del Consejo, la introducción de nuevas funciones para ese sistema de información Schengen (SIS), que prevé importantes innovaciones en materia de tecnologías de información y amplía la lista de categorías de objetos buscados (embarcaciones, aeronaves, contenedores, permisos de residencia y certificados de matriculación) así como los medios de pago. Tras el 11-M de Madrid la Comunicación de la Comisión de 20 de octubre de 2004 propone actuar de forma preventiva en la lucha antiterrorista e integrarla en la política global europea: - Propone movilizar o asociar a la sociedad civil para ello (estipula la conmemoración del Día Europeo de apoyo a las víctimas del 11-M), participando en la instauración de herramientas eficaces. - Dota de mayor seguridad en los ámbitos de transporte y energía, incluso en terceros países, y la Comisión desea entablar un diálogo cultural con el mundo islámico combatiendo al mismo tiempo los factores subyacentes del terrorismo examinando sus vínculos con la delincuencia organizada internacional. - Dota de medios para reaccionar y minimizar el caso de ataque terrorista estableciendo un sistema rápido de alerta y de protección civil activado las 24 horas. - Estudia técnicas de difusión por teléfono móvil. - Quiere garantizar la interoperabilidad de los equipos técnicos, incluso entre los ámbitos civil y militar. - Diseña emblemas comunes y busca medios de financiación del coste de los transportes de los equipos y personal para caso de catástrofe. - En materia de protección sanitaria se crea en Noviembre de 2001 un Comité conectado permanentemente a todos los sistemas de alerta sanitaria de la UE, siendo el bioterrorismo una prioridad de atención.

La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo del 2005, conocida como "Programa de La Haya" recoge diez prioridades de la Unión en cinco años haciendo hincapié en materia antiterrorista en su prevención e intercambio de información para concentrarse sobre la captación de terroristas, financiación, prevención, análisis de riesgos, protección de infraestructuras sensibles y gestión de sus consecuencias. La Comunicación sobre captación de los terroristas es la primera de una estrategia a largo plazo para combatir la radicalización y combina medidas suaves (intercambio intercultural de jóvenes, como el programa Sócrates, puesto que se propone luchar contra la discriminación inter-racial y desigualdades sociales rehabilitando barrios desfavorecidos, la mejora de alojamientos, promocionar el acceso educacional y protegerse ante la exclusión social) con otras duras (la prohibición en vía satélite que incitan al terrorismo) como completo a los esfuerzos nacionales. La directiva "Televisión sin fronteras" (TSF) prohíbe toda incitación por motivos raciales, de género, religión o nacionalidad en las emisiones radiotelevisivas y afecta a los programas de los países terceros emitidos hacia la Unión. Así, en materia de Internet prevé la posibilidad de derogar las normas relativas a la libre circulación para proteger el orden público, a informar rápidamente a las autoridades públicas en caso de actividades ilícitas y pedir toda la retirada de información ilegal. En este sentido la Comisión también desea promover el Islam moderado.

Nota 1018: La presente decisión incluye el acuerdo, la carta de acompañamiento del Departamento de Seguridad Interior (DHS) y la carta de respuesta de la Unión Europea (UE). Aplicable durante siete años, obliga a las compañías aéreas a transmitir al DHS los datos de los pasajeros con destino o salida de los Estados Unidos. Como contrapartida, el DHS se compromete a garantizar un elevado nivel de protección. La Decisión preconiza la aplicación de medidas de seguridad para las transferencias de datos y exige que las partes garanticen el respeto de los derechos y las libertades fundamentales de los pasajeros. Se consideran datos PNR sensibles aquéllos relativos al origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a un sindicato o el estado de salud o la vida sexual de un individuo. Una vez recibida la información, el DHS filtra los códigos y los términos sensibles gracias a un sistema automatizado. El DHS se compromete a no utilizar estos datos y a suprimirlos cuanto antes. No obstante, si hubiera vidas en peligro y en la medida en que el pasajero haya proporcionado tales datos, el DHS está autorizado a servirse de los mismos, a condición de que mantenga un registro de los accesos a esta información y que la suprima en un plazo de treinta días. Debe informar a la Comisión Europea (en un plazo de 48 horas) de que consultó estos datos. El DHS transmite la información analítica procedente de los datos PNR a los servicios de policía y a las autoridades judiciales europeas interesados, a Europol y a Eurojust. Las autoridades europeas hacen lo mismo con las autoridades americanas. Las dos partes velan por el buen funcionamiento de sus sistemas. El Secretario de Interior (DHS) y el Comisario de Justicia, Libertad y Seguridad (UE) reexaminan regularmente la aplicación de esta Decisión. La transferencia a las autoridades americanas de datos PNR por parte de compañías aéreas europeas ha sido objeto de acuerdos sucesivos.

Nota 1019: Esta evaluación está destinada a seleccionar, respecto de los criterios establecidos por el Derecho nacional, a las personas que pueden ser objeto de un examen detenido. Sin embargo, las autoridades competentes, al igual que las unidades de información sobre pasajeros, no deben adoptar medidas represivas contra un viajero sólo por el hecho de que la unidad de información sobre pasajeros y las autoridades competentes haya tratado informáticamente datos PNR. Los Estados designarán individualmente los servicios encargados de tratar los datos PNR. Estarán compuestos únicamente por miembros de servicios nacionales encargados de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada. En principio, las compañías aéreas comunicarán estos datos 24 horas antes de la salida programada del vuelo. En caso de incumplimiento de las normas establecidas por la decisión marco, los Estados miembros deben prever sanciones disuasivas, eficaces y proporcionadas, contra las compañías aéreas e intermediarios que no transmitan los datos PNR. Estas sanciones son las siguientes: sanciones financieras en caso de comunicación incompleta o errónea; la inmovilización, incautación o confiscación del medio de transporte, o la suspensión temporal de la licencia de explotación o su retirada, en caso de infracción grave y repetida.

Nota 1021: La Red está compuesta por las autoridades centrales y otras autoridades competentes de los Estados miembros responsables de la cooperación judicial internacional. Cada Estado miembro designa uno o más puntos de contacto judiciales, entre los cuales uno es designado corresponsal nacional para la Red. Asimismo, cada Estado miembro designa un corresponsal de instrumentos. Los magistrados de enlace nacionales, que tienen funciones análogas a aquellas confiadas a los puntos de contacto, también están asociados a la Red. La Comisión designa también un punto de contacto para los ámbitos que sean de su competencia. La función principal de la red es facilitar la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros mediante: la mejora de la comunicación entre los puntos de contacto, la organización de reuniones periódicas entre los Estados miembros y el suministro de la información básica necesaria. Los puntos de contacto son intermediarios activos destinados a facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros en la actuación contra todas las formas de delincuencia grave. Deben proporcionar la información jurídica y práctica necesaria a las autoridades competentes y a los otros puntos de contacto. Además, los puntos de contacto participan y promueven la organización de sesiones de formación, en cooperación con la Red europea de formación judicial cuando es necesario. Tienen la obligación de asegurar que la información relativa a su Estado miembro esté actualizada y disponible para su divulgación en la Red. Las reuniones plenarias de la Red se organizan de forma periódica y por lo menos tres veces al año. Las conclusiones de estas reuniones sirven como base de debate para posibles modificaciones normativas y mejoras en la Unión Europea. Los corresponsales nacionales se reúnen sobre una base ad hoc por lo menos una vez al año y lo mismo hacen los corresponsales de instrumentos. La aplicación de los principios de asistencia judicial mutua y de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales en materia penal así como las ampliaciones de la Unión acontecidas en los años 2004 y 2007 han tenido un gran impacto en la naturaleza de la cooperación judicial en la UE. Por ello, la importancia de la Red Judicial Europea se ha incrementado y es imperante reforzarla.

Nota 1024: Partiendo de los logros de sus predecesores, los programas de Tampere y La Haya, pretende hacer frente a los desafíos del futuro y reforzar aún más el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, con medidas centradas en los intereses y las necesidades de los ciudadanos. Para conseguir una Europa segura donde se respeten los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos La Europa de los derechos debe ser un espacio donde, en concreción del concepto de ciudadanía: (1) los ciudadanos y sus familiares puedan ejercer plenamente el derecho de libre circulación;(2) se respete la diversidad, se proteja a los grupos de personas más vulnerables (menores, minorías como los gitanos, las víctimas de la violencia, etc.) y se haga frente al racismo y la xenofobia;(3) se protejan los derechos de las personas sospechosas y acusadas en los procesos penales;(4) la ciudadanía de la UE promueva la participación de los ciudadanos en la vida democrática de la UE mediante transparencia en las decisiones, acceso a los documentos y buena administración, además de garantizar a los ciudadanos el derecho a la protección consular fuera de la UE. La estrategia de seguridad interior se basará en un planteamiento anticipatorio, horizontal y transversal con tareas claramente repartidas entre la UE y los países que la componen. Se centrará en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, tal como: (1) trata de seres humanos;(2) abuso sexual, explotación sexual de menores y pornografía infantil;(3) delincuencia cibernética;(4) delincuencia económica, corrupción, falsificación y piratería; y (5) drogas. En la lucha contra la delincuencia transfronteriza, la seguridad interior se ha de vincular necesariamente

a la seguridad exterior. Por consiguiente, debe tenerse en cuenta la estrategia de seguridad exterior de la UE y fortalecerse la cooperación con terceros países.

Nota 1026: Este instrumento armoniza las disposiciones nacionales en materia de prevención en la lucha contra el terrorismo, que incluyen la utilización de Internet con fines terroristas. Asimismo, la Comisión ha iniciado un diálogo con las fuerzas de seguridad y los proveedores de servicios para prevenir la utilización de Internet con fines terroristas. Para favorecer este tipo de asociaciones público-privadas, se está elaborando un modelo de acuerdo europeo. La contribución de la Comisión en este campo incluye una Comunicación relativa a la captación de terroristas y apoyo a la elaboración de una serie de estudios sobre la materia. Asimismo, ha creado una Red Europea de Expertos en Radicalización (ENER) para promover el diálogo entre estudiosos y responsables políticos. En adelante, es preciso identificar de manera más precisa los mecanismos más eficaces para luchar contra la radicalización y la captación. La seguridad informática se aborda a través de la Decisión Marco sobre ataques contra los sistemas de información y el plan de acción para la protección de las infraestructuras críticas de información. Se ha instaurado un amplio marco jurídico para aumentar la seguridad de los transportes, especialmente en lo que respecta a la aviación civil y el transporte marítimo. La Comisión coopera estrechamente con las administraciones nacionales en estos dos campos para desarrollar un sistema de inspecciones de las instalaciones de puertos y aeropuertos.

Nota 1041: Aunque en Derecho Internacional clásico se desconocía la responsabilidad penal del individuo sí que había conciencia de “*delictia iuris gentium*” (hechos criminales imputables a piratas, a contrabandistas de guerra,...) que incluso se manifestó a través de Tratados no criminales tales como, entre otros, el de la protección de los cables submarinos de 1884, trata de blancas, falsificación de monedas, incluso hasta el vino de oporto, y tráfico de estupefacientes. Empero el antecedente más próximo que (como intento frustrado de castigo judicial por crímenes a una persona natural) se suele aducir en el marco del Derecho de la guerra es el instado a nombre de Francia por Clemenceau al gobierno británico para juzgar al kaiser Guillermo II tras la I guerra mundial. Los Países Bajos le dieron refugio y no accedieron a esa extradición solicitada porque, básicamente, el Tratado de Versalles (art. 227) no cumplía con el principio de legalidad penal internacional en su sentido material (“*nullum crimen sine lege*”). No será, sin embargo, sino en tiempos de la (Primera) Convención Ginebrina de 1864 para mejorar la suerte de heridos y enfermos de campaña, cuando probablemente debido a la lectura de “la batalla (italo-prusiana) de Solferino” del fundador de la Cruz Roja (Henry Durant) y a la vista de la crueldad de la guerra franco-prusiana de 1870 -pese a la primera Convención ginebrina citada-, cuando en los albores de nuestra guerra de Cuba el joven abogado Gustave Moynier iniciase el Proyecto de TPI de 1872 que lleva su nombre. Ese proyecto lo redactó bajo la estela, por un lado, del Congreso de Viena. Este Congreso aceptó el Reglamento para la policía y navegación de los ríos, previo a la creación de Tribunales civiles y penales internacionales para la navegación del Rin. Por otro lado, “plagió” el modelo de tribunal arbitral constituido para el caso Alabama por el Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871: se trataba del intento de crear una Corte que no decidiría *ex aequo et bono* exclusivamente o con arreglo al Derecho que mejor entendiere, sino con arreglo a las normas indicadas por las partes en el compromiso arbitral. Este proyecto fracasó. No contempló mecanismos de sanción de sus instituciones. No obstante, sirvió para que la posterior Convención de Ginebra, ya de 1906, también sobre la mejora de la suerte de heridos y enfermos en campaña, sí habilitara por lo menos a los Estados la represión de esas violaciones. Es decir, la solución nacional de su castigo fue así la pionera antes que la propiamente internacional, con el consiguiente riesgo de dejar abierta la impunidad mediante las leyes de “punto y final” y de “obediencia debida”. Posteriormente, acabada la segunda Gran Contienda, y, pese a los trabajos penales de la doctrina (así los de Vespasiano Pella o Quintiliano Saldaña en 1925), la guerra fría inveró los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la viabilidad de un TPI, hasta que Trinidad y Tobago, para la resolución de su problema de narcotráfico, consiguiese reactivarlos de nuevo en 1989. Antes de esta fecha la jurisprudencia de los Tribunales de Nüremberg y Tokyo estableció unas pautas conforme a las cuales habría de juzgarse en lo sucesivo la conducta de responsables políticos o militares de cualquier país en circunstancias similares. Así lo entendió la Asamblea General de las Naciones Unidas en su primer período de sesiones, en 1946, cuando a propuesta de EEUU, aprobó una Resolución (A.G de 21 de noviembre de 1947) por la que solemnemente confirmaba los principios del estatuto y la jurisprudencia del Tribunal de Nüremberg, con lo que les confería valor jurídico universal. Con el tiempo se han refundido en un mismo Proyecto los trabajos del Comité preparatorio sobre el Proyecto de Código de crímenes

contra la Paz y la humanidad de 1996 y del Proyecto de 1994 del propio Estatuto, por lo que en mérito de esa técnica legislativa y del recurso a la constitución de un Comité preparatorio se pudo llegar a la Conferencia de plenipotenciarios de Roma con los resultados que todos ya sabemos. En suma, la caída del muro de Berlín, los Tribunales Ad Hoc de Nüremberg y Tokyo, más próximamente los de la Ex Yugoslavia y Ruanda, la llamada globalización internacional sobre todo en la comunicación y en la información; y estrechamente unido a lo anterior, una transformación gradual en el Derecho Penal Internacional, desde un principio soberanista y por tanto territorialista –jurisdicción penal y territorio nacional se confunden- hasta una renuncia de los Estados a su soberanía para juzgar determinados delitos, pasando por un momento intermedio en el que los Estados pueden juzgar determinados hechos delictivos cometidos en el territorio de otro Estado, son todos ellos los más recientes catalizadores de nacimiento del TPI. Una clara manifestación de este aserto es que ya se empieza a poner en tela de juicio a los jefes de Estado o de gobierno acusados de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Pero, como también afirma RAMONET, I (2002) en el X Curso Internacional de Defensa que tuvo lugar en Jaca (16-20 de septiembre del 2002) no sólo se persigue ahora los autores de crímenes “de sangre”, sino también a los presidentes elegidos democráticamente sobre todo a causa de su corrupción.

Nota 1054: La conclusión es que sólo “un imám” (“ulema” o “mulá”), y por supuesto no un occidental, al tratarse de la ley religiosa sólo él puede interpretar el Derecho islámico según el Corán ... por lo que, por ejemplo, a título sólo provocativo decir que no se sabe cómo el TPI guardará “la cuota femenina de magistrado” por parte del sistema “jurídico” en todo caso reconocido del islam, toda vez que si no lo hiciera podría crearse con respecto a otros candidatos varones de otros sistemas jurídicos un agravio comparativo de palmaria desigualdad que, siempre a nuestro juicio, entendemos muy difícil de contrarrestar. Pero este problema para la Corte es una simple anécdota si, en cualquier caso, ya para la Fuerza extranjera desplazada en tal clase de lugares, y con motivo de las medidas de lucha antiterrorista, habrá que tenerlo también en cuenta para poder llevar a cabo correctamente, por ejemplo, la exploración médica de una mujer musulmana, de forma que puede encontrarse con las siguientes cuestiones prácticas adicionales que ya antes de acudir allí deberá de tener resueltos y previstos: ¿y si no hay una médico mujer?, ¿la admitirá?... y si no, ¿podrá realizar una defensa justa y completa de su prueba?, ¿tendrá, por el contrario, que admitírsele en la valoración de aquella esa circunstancia con riesgo de asumir una falsedad de posible denuncia de agresión? En fin, los problemas casuísticos pueden ser muchos y no hace falta irse a Iraq u otro lugar; basta observar el problema de la inmigración, por ejemplo, en el “turno de oficio” de cualquier Ilustre Colegio de Abogados nacional. El problema fundamental en la institucionalización del diálogo entre nuestra cultura y la islámica radica en lo que la socióloga marroquí Famita Mernissi denomina “el conflicto legal” (similar al “choque de civilizaciones” de Hungtinton), en cuyo libro *La peur modernite* manifiesta que “*la presente civilización occidental está basada en las ideas contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mientras que la civilización islamica se apoya, como siempre, en el Corán. Mientras que la primera se funda en un derecho positivizado y consensuado, la segunda está basada en un derecho divino e inalterable. Por este motivo ambos textos son a veces incompatibles, debido a la forma en que son generalmente entendidos*”.

Nota 1071: “*Crimes within the Jurisdiction of the Court*”, en R.S.Lee (Ed). Citado por **LIROLA DELGADO**, Ob.cit.p.122. Asimismo **RUEDA FERNÁNDEZ, C.** “*Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?*” en *La criminalización de la Barbarie:...* Cap.VIII, pp. 301-324, afirma que “(...) A veces, un acto inhumano cometido contra una sola persona puede también constituir un crimen contra la humanidad si se inscribe en un sistema, se ejecuta según un plan o si presenta un carácter repetitivo. Por tanto, a falta de carácter masivo, el acto individual debe constituir el eslabón de una cadena que pueda vincularse a un sistema o plan. La idea de sistema, de plan y de carácter repetitivo es necesaria para que un acto cometido contra una víctima individual tenga el carácter de crimen contra la humanidad”. P.317. Por su parte, en sentido contrario **MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J. L.** (2000). “*El concepto de crímenes de lesa humanidad*”. REDEM núm. 75.Pp.220-221), para quien el crimen de lesa humanidad es proteico, de perfiles difusos, pues, como señala **QUEL LÓPEZ** (2000). “*La competencia material de los TPI: consideraciones sobre los crímenes tipificados*”, en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática-BOE, Madrid, 2000, p.89, se define por referencia a los actos inhumanos que pugnan con la conciencia colectiva en la medida en que lesionan al ser humano de manera tal que trascienden al individuo que sufre el daño. Además, en palabras de **CONDORELLI** –cit., por **QUEL LÓPEZ**, ob., cit., p.89-, se trata de un delito de

“*geometría variable*”, asimétrica. Ello puede suscitar dudas sobre su propia razón de ser desde la perspectiva del principio de legalidad. Cuatro son las notas que deben destacarse del concepto contenido en el art.7 del Estatuto de Roma, a saber: se trata de la primera ocasión en que los delitos de lesa humanidad se tipifican antes de la comisión de los hechos; la definición legal no establece ningún nexo entre su eventual comisión y la existencia de un conflicto armado; para su comisión no es preciso la existencia de un ánimo discriminatorio, pero sí unas especiales formas de ejecución –ataque generalizado y sistemático- y se tipifican por primera vez el crimen de apartheid y la desaparición forzada de personas. Por último, salvo en el delito de persecución, no es necesario ningún ánimo discriminatorio. Basa fundamentalmente su opinión (op.cit.pag.225) en que, “como ha puesto de manifiesto la doctrina –**CHERIFF BASSIOUNI**, (1992) *Crimes against humanity*, en British Internacional Criminal Law, New Cork, 1992, pp.66 y ss.- y la jurisprudencia –STS del Canadá en el caso Finta- el delito de lesa humanidad sólo puede darse en un sistema basado en el terror o en el que existen una política específicamente encaminada a destruir determinados grupos de personas, previa creación de una situación de terror. Esta última exigencia puede llevar a entender que el ámbito de aplicación del crimen de lesa humanidad sólo se puede cometer por determinados regímenes o grupos, calificables como terroristas. Pero tal reducción no es correcta. Lo que requiere el art.7 para resultar de aplicación es la institucionalización del terror como medio o simple presupuesto de la comisión de las conductas delictivas, lo que es distinto del terrorismo. (...) La existencia de una política de terror, como presupuesto de los delitos de lesa humanidad, no se circunscribe sólo a aquellos casos en los que se da una situación de violencia primitiva. Puede darse también una situación de terror cuando existe imprecisión, cuando el miedo es utilizado como resorte por el poder o grupo. El terror, en cuanto presupuesto del delito, se puede inducir por múltiples medios; incluso por la ausencia o la vaguedad de la norma, que genera un sentimiento de inseguridad y de virtual culpabilidad en los gobernados (...).”

Nota 1080: Si por un lado pueden así ser cada vez más reclutados, por otro, la pena que sufran de una jurisdicción nacional puede ser mucho más dura que la que pudieran recibir del TPI, lo que contradice la pretendida protección humanitaria y universal del menor. Vid. al respecto **CLARK ROGER S. JOTTO TRIFTERER**, (1999) “*Exclusion of jurisdiction over persons*” en “*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers. Notes. Article by article*”. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Germany, 1999) y **FERNANDO PIGNATELLI MECA** (Ob. cit., p.19 tercer párrafo). Por otro lado, a diferencia de la legislación orgánica española sobre el menor no se distingue entre éste y el joven (de 18 a 21 años), por lo que en todo caso la prueba pericial (en países “no virtuosos” y sin Registro civil) sobre la valoración de la edad biológica y la de la madurez mental en la jurisdicción del TPI sólo jugará quizás, en nuestra opinión, para la valoración de circunstancias personales en la determinación de la pena, ni tan siquiera como atenuante como sí se tiene previsto para el futuro en nuestra legislación interna sobre el tratamiento penal del menor.

Nota 1082: Partiendo de la base de que atendiendo única y exclusivamente a la misión militarmente encomendada España pudiera ser, lo que es debatible, un Estado neutral realizando una misión de paz, en la resolución a esta pregunta encontramos dos posturas: a) La de la práctica estatal (y propugnada por el Juez Röling), según la cual un Estado “neutral” no tiene la obligación de perseguir y penalizar un crimen “de guerra” de quien ha caído bajo su control. Con esta interpretación las posibilidades de conocer por el TPI son mucho mayores, al menos en lo que a crímenes “de guerra” se refiere, siempre que tratemos de hechos ocurridos en el territorio de un Estado Parte del TPI o, en caso contrario, que al menos el Estado correspondiente a la nacionalidad del acusado sí lo sea. En el Manual de Campo del Ejército norteamericano, ya antes de nacer el Estatuto del TPI (del que EE.UU no forma parte por no haberlo querido ratificar), la previsión de cumplimiento de las leyes de la guerra terrestre a través de su penalización por los EE.UU se realiza pensando sólo si tales delitos los realizasen el enemigo nacional o el aliado de éste, de suerte que las violaciones de las leyes de la guerra cometidas por los militares sujetos a la ley castrense norteamericana constituirán normalmente violaciones de su Código de Justicia Militar para uniformados. Así ocurrió en los procesos de May Lai, donde los espías norteamericanos de su ex servicio secreto en Vietnam no serían procesados por violaciones de leyes “de la guerra”. Daría igual que la víctima fuese iraquí o norteamericana, puesto que en todo caso al no ser ni el territorio ni la nacionalidad de aquélla perteneciente a Estados del TPI, éste no podría conocer. La impunidad sería palmaria. b) Por el contrario, el Manual Británico de la ley militar, postura que es compartida por Oppenheim y Lauterpacht (*International Law: A Treatise*, by L. Oppenheim, Vol. 2: Disputes, War and Neutrality. 6th Edition, Revised, Edited by H. Lauterpacht.), sí establece a las

partes “neutrales” de un conflicto la obligación de buscar la persona responsable de graves infracciones y traerlos ante sus propios tribunales o enviarlos a juicio a una parte beligerante, ello porque se entiende que se deben de evitar interpretaciones que favorezcan la impunidad en territorio “neutral”. Esta postura - Desde otro punto de vista **KELSEN** (2003) “*La paz por medio del Derecho*”, Ed.Trotta, 2003, p. 123, nota 45 cita a **C.C.Hyde**. “*Punishment of War Criminals*”, en Proceedings of the American Society of International law at its thirty-seventh Annual Meeting held at Washington D.C, 1943, p.43: “(...) *Un Tribunal o tribunales compuestos únicamente de nacionales neutrales obtendrían más fácilmente el respeto por las decisiones adversas a las demandas y defensas de las personas acusadas, y a menos que se lo impidiesen indebidamente los términos del Tratado pertinente, podrían demostrar que son mucho más útiles como expositores del Derecho Internacional (...)*”.- mejora incluso la lucha antiterrorista y paradójicamente, aun de ser más aplicable a crímenes “de lesa humanidad” que los “de guerra”, da menos posibilidades de conocer al TPI, lo cual no tiene a veces por qué ser bueno ni malo siempre que se haga Justicia. El hecho de que ciertos artículos específicos tales como el del art. 4 de la I Convención de Ginebra 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”. Así se llega a decir que el actual Derecho Internacional de los conflictos armados contiene por sí mismo una obligación de establecer jurisdicción universal incluso sobre los criminales “de guerra”. España, que sí forma parte del TPI por haber ratificado su Estatuto, hubiera podido conocer del asunto y, por tanto, ser un argumento explotado por un abogado en el TPI para plantear la impugnabilidad de Su Jurisdicción por falta de agotamiento de una jurisdicción estatal con condiciones no sospechosas como para protagonizar un juicio “justo”. Sus razones podrían ser las siguientes: El solo hecho de que la jurisdicción española se inhibiera, (a) sin Resolución expresa iría, en contra de la seguridad jurídica; (b) no se habría respetado el principio de complementariedad (subdidiariedad) del TPI. Se habría acudido a un ejercicio automático de la jurisdicción del TPI - impropio de la naturaleza nomofiláctica de la jurisdicción internacional del TPI-. (c) Por último, acogiéndose a la segunda postura predicha también se podría interpretar que se estarían pretiriendo las obligaciones bélicas internacionales de un Estado “neutral” (si este así lo pretendiese, o se le pudiese hacerle ver que debiese pretenderlas mediante el planteamiento procesal de ese peculiar “conflicto de jurisdicción” entre el TPI y un Estado “neutral”); así por existir no razón de Estado sino de interés de todos (al poder juzgar un acto incluso no “de guerra” sino, en su caso, “de terrorismo”), es decir, un acto este ya último del que (a diferencia de los tribunales de la mayoría de Estados) hasta el momento hoy el TPI aún no puede conocer. En caso de asunción estatal positiva del conflicto de Jurisdicción creado, incluso no para un caso de terrorismo, habría que acudir al principio de complementariedad del TPI, luego éste no conocería. El problema de este silogismo es que el “derecho al Juez predeterminado” se puede resentir. Atendiendo a la “jurisprudencia de intereses” o al “peregrinaje de jurisdicciones” cabe la posibilidad de que, según de qué Estado estuviéramos hablando, a lo mejor al propio abogado defensor de un acusado le interesaría silenciar este argumento y que conociera el TPI. O el que antes no quería ahora sí quiera conocer, planteando otro conflicto. Es el problema del “forum shopping”. Todas estas razones ponen además en evidencia la falacia denunciada por parte de la doctrina en el sentido de que se pueda afirmar que el TPI tenga prerrogativas para ejercer una cierta forma de jurisdicción “universal” con arreglo al art.12 del Estatuto. En concreto, **MÁRQUEZ CARRASCO, M^a DEL CARMEN** (2000) “*Alcance de la Jurisdicción Universal*” en “*La criminalización de la barbarie...*” Cap.X.p.375, así lo hace cuando afirma que “*lo estipulado en el art. 12, según el cual el Estado del territorio o de la nacionalidad debe haber ratificado el Estatuto o haber aceptado la competencia de la Corte, supone la existencia de condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción del TPI que no se impondrían para el ejercicio de la jurisdicción universal de cualquier Estado*”. Hay, por tanto, unos nexos jurisdiccionales estatutarios que funcionan como “condiciones objetivas de procedibilidad”. En el supuesto visto del apuñalado iraquí creemos que, en cierta forma, se conciliarían ambas posturas vistas: aunque no con ningún detenido, ni con la búsqueda de persecución del posible agente de la acción criminal, las prevenciones del atestado practicadas por parte española tuvieron como fin llevarse a un Juzgado de una de las partes beligerantes sin haber instruido un posible crimen “de guerra” o “de lesa humanidad” por parte española; se colaboró con una notitia criminis, colaboración que, sin embargo, no llegaría hasta el extremo de atraer la jurisdicción a nuestro país en virtud del principio de jurisdicción universal porque, además de un mínimo sentido de la prudencia, ni ser potencia ocupante como la británica o la norteamericana, para España no hubiera sido oportuno atraer su jurisdicción en aquel momento por razones de mantener en el conflicto la alegada neutralidad ante Iraq; y, de hecho, distinto hubiera sido si el autor o la víctima fuera de nacionalidad española, en cuyo caso sí que hubiera habido razones

mínimas y suficientes como para hacer valer dicho principio antes que el intento de detención y conocimiento del asunto los hubieran llevado a cabo un Juzgado iraquí o, incluso, que el Fiscal del TPI en su caso hubiera actuado en tal sentido con la solicitud de su autorización a la Sala de cuestiones preliminares. De hecho, la Convención de 1994 en su art.10 sobre “establecimiento de jurisdicción”, además del deber de notificarla al Secretario General de Naciones Unidas y de no excluir ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional, requiere para adoptar las medidas necesarias de su conocimiento (pretendidamente obligatorio) por un Estado distinto al del lugar de los autos ora que el delito se cometiese en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado, ora que el presunto culpable sea nacional de ese Estado, condiciones que en el caso comentado ninguna de ellas se daba; mientras que, ahora ya sólo potestativamente, también lo podrá hacer cuando el presunto culpable sea un apátrida residente habitual de ese Estado, la víctima sea nacional de ese Estado, o sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa.

Nota 1083: Para su solución es probable que se haya de dejar abierta e incólume la discrecionalidad de la salvaguarda del interés y seguridad nacional, esto es, una cuestión que puede escapar al criterio del propio jurídico-militar, sobre todo cuando a lo mejor su función pueda cambiarse a la de actuar de “abogado” en su caso, pero no tanto a su “Jefe”, quien debe siempre de velar por el cumplimiento (“reglamentario”) de la cadena de mando: El que cualquier militar acuda con un fin semejante directamente a quien da la noticia en un periódico –hecho disciplinariamente castigable por deslealtad- puede poner en un difícil aprieto de seguridad a la Fuerza y, por tanto, a sus compañeros; puede llevar a filtraciones de seguridad no permitidas y que son impropias de una adecuada deontología profesional tanto para el militar como para el periodista que dan pie a que se lleve a cabo esa práctica. No obstante, en relación con la forma de dar el comunicado (remisión de una situación, que no denuncia) dejamos abiertas las siguientes preguntas que se deberían en su caso de contestar: ¿confidencialmente?, ¿a través del mando orgánico o funcional?, ¿a título personal?, ¿con consentimiento de testigos o peritos involucrados? ¿Demostrando la inexistencia de intereses espúreos para su denuncia? Nuestra postura, dejando a salvo lo posiblemente concretado por los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba a las que aquí nos remitimos, es la del propio sentido común: si la noticia criminis se sabe por el asesor u otro militar o civil particularmente –cosa difícil en misiones, pero no imposible (pensemos el caso de un permiso de salida de fin de semana, por ejemplo)- la iniciativa de denuncia (quizás anónima) se debería encaminar confidencialmente dirigiéndose directamente a la Fiscalía del TPI, esclareciendo ésta en secreto la fiabilidad de la fuente con criterios, como apunta **GÓMEZ GUILLAMÓN** (2000) “*La instrucción (investigación) en la CPI*”, en D. P. Internacional. Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Ministerio de Justicia, Madrid, 22 a 23 de mayo de 2000, en estos casos tan rigurosos como los de hecho aquí antes sugeridos; y con auxilio de la dependencia de protección de víctimas y testigos. Por el contrario, si se sabe en virtud de la condición oficial de funcionario, militar, u otra calidad de servidor del Estado que se la haya otorgado, la remisión de la situación –que puede serlo vía “una memoria” o Informe- debería de seguir con carácter urgente el conducto reglamentario establecido hasta llegar a la superioridad competente de la decisión, por supuesto, con carácter confidencial, pero ya vía mando.

Nota 1084: BOE núm.29 de Jueves 11 de diciembre de 2003. (1.) Cuando la denuncia de “la situación” la hace el Estado parte (España) la competencia exclusiva concreta para ello es del Gobierno “en razón a las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior” (5 párrafo de la Exposición de Motivos puesto en relación con el art.7); ahora bien, entendemos que ante la disyuntiva anterior sólo es autoridad competente para la aplicación de esa ley las autoridades que señala el art.4 (entre ellas el Ministerio de Defensa) si se actúa en calidad de representante del Estado, toda vez que si actúan como particular con arreglo al art.7.2 los órganos estatales, si sirve la expresión, “hacen de Pilatos” y sólo le informan al -ante ellos- denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte con el fin de remitirle la situación posiblemente a investigar y después sólo por Él –el Fiscal- denunciar. (2) En consecuencia, creemos que según el art.5, sobre la representación y defensa procesal en juicio de España ante los órganos de la Corte, el Gobierno, por motivos excepcionales y oído el Abogado General del Estado, pudiera acordar la designación al efecto de un miembro del Cuerpo jurídico Militar para que actuase como agente de España en un determinado procedimiento ante los órganos de la Corte. El jurídico-militar de campaña asumiría en el desempeño de sus servicios las funciones de Abogado del Estado y se ajustaría a las disposiciones que regulan el ejercicio de dichas funciones.

Téngase en cuenta además - tal como señala el Informe del Gabinete de Tratados de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores de 22 de abril de 1999, a su vez insertado en el cuarto antecedente del Dictamen del Consejo de Estado 1374/99/MM, de 22 de junio de 1999, sobre el Estatuto de Roma-, que los actos de asistencia del Fiscal “sin la presencia de las autoridades del Estado Parte requerido” suponen, a su juicio, una excepción a la exclusividad del ejercicio de la función judicial prevista por el art.117.3 de la Constitución en la medida en que podrían coincidir con funciones judiciales de instrucción, o bien directamente con la misión del Ministerio Fiscal a fin de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad” (art.124.1 CE). Por tanto, el jurídico-militar de campaña, que tiene una función más versátil, podría ser mejor instrumento práctico para evitar esa objeción de inconstitucionalidad, toda vez que al estar precisamente en Zona de las Operaciones puede tener más posibilidades de asegurar la presencia de autoridades del Estado Parte requerido, visitándolas si es necesario. En cualquier caso, el Consejo del Estado, citando STC 59/1996, señala que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE significa ciertamente el respeto de la firmeza de Resoluciones judiciales y de la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas pero “sin perjuicio, naturalmente, de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos”. La cesión de competencias judiciales a la CPI habilitaría a ésta para, en las circunstancias y por los cauces establecidos por su “ley” reguladora (debidamente integrada en el ordenamiento español), modificar en su caso las Resoluciones de órganos españoles. Es decir, hay garantías de revocación de Resoluciones infundadas.

Nota 1088: Lo hace diciendo que “*la persona que se considere afectada por una infracción debería tener la posibilidad de constituirse, en su caso gratuitamente, como parte “acusadora” (“parte civil” o “acusador particular”), de solicitar al tribunal la reparación material o moral y de hacer controlar por un tribunal u otro órgano independiente la negativa de los órganos estatales de perseguir o de instruir un proceso contra el autor del correspondiente delito. (...)*”. Debe tenerse en cuenta que, tal como señala **GÓMEZ GUILLAMÓN** (Ob. cit., p.166) en el borrador del Proyecto inicial de Estatuto sólo podía denunciar un Estado parte y el Consejo de Seguridad, mientras que la posterior contemplación de la figura del Fiscal tal como está hoy regulada en el Estatuto fue fruto de la actividad de las ONGs –asi Amnistía Internacional- y, en España, hubo proposiciones no de ley de IU y CiU. Por su parte **ESCOBAR HERNÁNDEZ, C** (2000). “*Algunas reflexiones sobre la CPI como institución internacional*”. REDEM núm.75. Enero-Junio 2000. Ob. Cit. Pp. 171-172) subraya que la dimensión internacional del TPI no puede ser soslayada y se manifiesta en el plano axiológico y teleológico, así como en la configuración del Estatuto como Tratado internacional y la configuración de la Corte como organización internacional. No se trata tan sólo de reprimir comportamientos especialmente graves, sino de reprimir comportamientos que en sí mismos constituyen un ataque contra valores esenciales del ordenamiento jurídico internacional, que –en tal calidad- son dignos de protección per se, con independencia de que dicha protección se contemple o no en los sistemas jurídicos internos. Este elemento teleológico ha tenido consecuencias en el Estatuto que afectan al desarrollo del proceso. Entre ellas, añadimos nosotros, la aquí comentada.

Nota 1098: a) Que ese derecho en la fase de investigación se supedita a “que sea necesario en interés de la Justicia” (art.61) a juicio de la Sala de Cuestiones preliminares. No adivinamos un sólo caso en que ello pueda ser posible.b) La permitida posibilidad estatutaria de su interrogatorio sin presencia letrada. Seríamos partidarios de aplicar la “Cláusula o preámbulo Martens” en esos casos, si de un caso en guerra se trata.c) Que puede ser interrogado sobre hechos que desconoce cuando así lo ordene la Sala de Cuestiones preliminares, lo que puede acarrearle indefensión.d) No se sabe por el estatuto cuáles son las consecuencias de una mala instrucción; es decir, ¿cuál es su responsabilidad por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia Penal Internacional? ¿Cuál sería su base legal propia? En este caso, si cabe, entendemos que quizás se podría acudir a la propia Corte Internacional de Justicia (TIJ); pero no hay que olvidar que el art.85 del Estatuto contempla el derecho a ser indemnizado en el supuesto de que, como consecuencia de prosperar un recurso de revisión, fuese revocada una Sentencia condenatoria. El Acuerdo previsto sobre Fondo fiduciario suponemos que regulará este problema y, como ya sugerimos, el del beneficio de la justicia jurídico gratuita también contemplado en el Estatuto.

Nota 1115: Las tres situaciones contempladas, resumidamente, han sido las siguientes, a saber: (1) el de una manifestación violenta en Mostar y el abandono de un bebé en BiH; (2) el de un apuñalado iraquí gónicamente fenecido en el B.A.A Galicia atracado en Puerto de Umm Qsar

y el tiroteo mortal a un prisionero de guerra en Camp Bucca por un soldado norteamericano en su intento de fuga; (3) así como los problemas operativos de la Fuerza en Kabul y el atentado a la Base de asentamiento de personal ONU cumpliendo misión. 7. En previsión de no facilitar posible atentado a personal ONU (y asociado) teniendo en cuenta sobre todo la circulación rodada de seguridad vial habitualmente peligrosa de nuestros soldados, caso de Kabul (Afganistán), se ha observado jurídico-empíricamente que las variables de ambigüedad situacional (zona de guerra o de atentados terroristas) otorgan a la ecuación jurídico-teórica unos matices de incógnitas a despejar en las exigencias de obediencia debida y de legítima defensa. Estos matices inciden influyentemente no sólo en la relación de vida entre contingentes y población, o también entre las relaciones y responsabilidades de todo tipo entre el superior y el inferior, sino desde luego en el ámbito estrictamente penal, esto es, a la estructura dogmática positiva del delito en su vertiente no ya sólo penológica (ius puniendi) sino incluso anterior, ora en la antijuricidad, ora en la culpabilidad, en función de la dinámica jurídica del distinto tratamiento del error según sea de prohibición o de tipo. 8. Para la comprensión de estas situaciones se ha tenido en cuenta el contexto de estar en un conflicto bélico o no, los distintos umbrales estatutariamente previstos al efecto por el Tratado de Roma atendiendo a la distinción del delito de lesa humanidad o el de guerra, el concepto de orden y el de custodia en las distintas gamas de detenciones (la provisional, la del reo, la del acusado o la del condenado), así como los problemas derivados por su falta de claridad. 9. Entre otros problemas de índole militar-operativa sobre los que se ha reflexionado destaca el deber de todos de velar por la seguridad del contingente mediante la posible utilización en su caso de la estratagema (no pérfida) del camuflaje en medios y con personas de distinto estatuto bélico, la transcendencia de un correcto uso del material de Defensa (entregado usualmente en usufructo) para España y la seguridad de sus rotados componentes armados desplazados al extranjero, así como a resultas de todo ello una reflexión jurídica sobre la distinta justificación o no de los posibles derechos de porte de arma según el titular estatutario del Derecho de los conflictos armados, es decir, atendiendo a la posible alegación de una legítima defensa admisible como causa de exención de delito. 10. Todos estos problemas traídos de Zona de Operaciones pueden a su vez afectar en la práctica diaria de la vida castrense. 11. Pueden afectar a la seguridad en el ejercicio del tiro como acto de instrucción: así el vacío de la regulación normativa actual sobre la discutible asistencia médica obligatoria y cuya documentación de *lex artis*, asimismo, a nuestro juicio a veces tampoco se atiende en la Zona de Operaciones a su valor de prueba jurídico-pericial garantista del principio de intermediación procesal. 12. También tales problemas pueden influir en el pretendido fin de evitar la sospecha de encontrarnos (consciente o inconscientemente) ante cualquier mínimo indicio de contrabando, mercenariado o espionaje realizado por soldados u otros militares españoles en misiones arriesgadas fuera de área o no. Pese a su proscripción positiva no ha dejado de observarse que pudiera ocasionar perjuicio de protección a la Fuerza, nacional o no, y, por extensión, al prestigio como mínimo de nuestra Patria (ante la comunidad internacional) por culpa de la irresponsable actuación no ajustada a Derecho de algunos de los miembros de nuestras FAS o de las personas a Ellas de alguna manera vinculadas. 13. En cuanto al contexto situacional de los tres supuestos estudiados, o lo que es lo mismo, su Derecho aplicable, ha quedado claro que el Derecho consuetudinario de los conflictos armados en determinadas zonas, así las de países del Islam donde hay Estados No Partes, es preferible por ser el local la Ley Charia. Esto no evita problemas jurídicos de gran calado para el orden jurisdiccional y sistema normativo internacionales que, con respecto a la competencia jurisdiccional del TPI y al modo de un posible “choque de civilizaciones” manifestados en un peligro de “conflictos de legislación”, pueden repercutir en el victimismo y automarginación de esos países más allá del esperado supuesto de que, con el tiempo, se vayan sumando al Estatuto de Roma. La consecuencia es clara: el grave riesgo de que en países no virtuosos proliferen la impunidad, caso en el pasado de Iraq, y que aquélla se convierta en el germen más claro desde donde el terrorismo internacional nazca, se reproduzca y extienda sus tentáculos. No es de extrañar, pues, la aparición posterior de ISIS. 14. Sobre el umbral requerido para que en las situaciones planteadas se pudiera iniciar una investigación (de oficio o remitida, bien por un Estado Parte, bien por el Consejo de Seguridad) por el Fiscal del TPI, una vez conseguida la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, se requiere el conocimiento por parte del autor de que los hechos se cometan “como parte” de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, para caso de lesa humanidad; o, para caso de crimen de guerra, que “forme parte o se lleven a cabo en desarrollo de” un plan o política dirigida a su comisión o se inserte en un proceso de su comisión a gran escala. De ello se sigue, por un lado, que para la comisión de un crimen contra la humanidad no es necesaria la existencia de guerra alguna, y, por otro, que habiendo doctrina que mantiene hasta el conocimiento de un caso aislado dentro de esos parámetros -lo que para la mayoría es problemático por ser quizás un tanto aventurado desde

el punto de vista axiológico plasmado en la nomogénesis del TPI-, sólo en el caso del apuñalado iraquí, o en el de atentado a personal ONU sufrido en la Base de Campwarehouse en Kabul (Afganistán), reunirían a nuestro juicio indicios de concluir en su caso que sólo temporalmente (“por los pelos”) quizás el TPI no haya podido activar su maquinaria para evitar una impunidad de un delito de lesa humanidad (o de guerra, arts. 7.1.a) y 8.2.a) letra i) o de guerra (art.8.2.b) letra iii) respectivamente. Debido al no ser Estado Parte Iraq, en el primero de los casos citados, sólo si el lugar de su comisión se hubiere entendido que lo fue el del B.A.A. Galicia creemos que, por ley del pabellón también estatutariamente recogida (se esté o no en Alta Mar), el TPI sí podría asimismo haber tenido más posibilidades de conocer debido a que, si ficticiamente se considerase en vigor el Tratado de Roma, España ya era por entonces Parte del Estatuto. Ello, no obstante, sería posible inclusive en un futuro si el TPI lo hiciese “Ad Hoc” para ese caso concreto. La forma sería conseguir el Acuerdo estatutariamente contemplado con el Estado no Parte (cooperante) afectado y, al menos, por lo que a nuestra parte nos concierne, a no ser que no se tuviera identificado al delincuente, cosa que es así por dos razones de peso: una, haber mantenido -de acuerdo a la naturaleza de la misión ordenada- la neutralidad propia del Derecho de los conflictos armados manifestada en la imparcialidad humanitariamente misionera de España en el conflicto de Iraq; y la segunda, la manifiesta dejación de jurisdicción del Juzgado iraquí de Al Zubayr ante la “notitia crimini”, toda vez que ni la víctima perjudicada ni, lo más probable, su causante, se trataba de españoles atendiendo al lugar exacto donde ocurrió el delito el día de autos. Ahora bien, habrá que ser cautos: con esos planes o políticas puede ocurrir algo parecido al argumento que en su momento se hizo valer en el Derecho español para erradicar la agravante de la premeditación, que es tener que probar lo que no se puede por su clandestinidad y estar ante una “prueba diabólica”. Por tanto, también hay que ser conscientes de que se corre el peligro de incurrir en un “Derecho Penal de autor” donde, como vulgarmente se dice, “paguen justos por pecadores”. 15. Con ocasión de posibles detenciones (ordenadas o no), y después de ver las dos contradictorias posturas sobre el principio de universalidad en materia de jurisdicción penal, se ha comprobado que en un futuro las memorias de las asesorías jurídico-militares de misiones que se vean en tales trances deberían de recoger semejantes hechos –que no rumores- que les conste para que, al menos, haya una mínima base documental del esclarecimiento mínimamente objetivo de un suceso por la que -a modo de un mínimo principio de prueba- se pueda en su caso dar “fuente fidedigna” (no necesariamente confidencial) de noticia criminal (remisión de la situación) al Fiscal del TPI y, en definitiva, ante la incapacidad procesal de obrar por sí solas para denunciar ante el TPI la suplan mediante este tipo de colaboración sugerida y dentro del deber de evitar la impunidad a nivel penal Internacional. Además, lo importante del asesor o Juez ya instructor en Z.O es que de todos cuantos datos tenga deje lealmente constancia, sobre todo, del lugar exacto donde ocurran los hechos. 16. Si se pensara -como aquí propugnamos- que en el futuro un jurídico-militar hiciera de abogado defensor con motivo del servicio y por falta de abogados del turno de oficio en zonas de conflicto, sería conveniente que, a imagen y semejanza del modelo norteamericano, por ejemplo, se creara una Corporación privada multinacional para hacer efectivo en sus justos términos el beneficio de justicia jurídico-gratuita a nivel Internacional. 17. Entre las cuestiones circundantes de este trabajo nos hemos centrado en el derecho de defensa del acusado ante la Corte. En un breve esquema apuntaremos nuestras conclusiones mediante los siguientes guiones que, por sí solos, darían de sí para otros trabajos:- Que entre las cuestiones sustantivas de la defensa, por un lado, aquí sólo se ha hecho estudio parcial de algunos de los crímenes tipificados en el estatuto de Roma, y por otro, respecto a las causas de justificación hay que tener en cuenta que al no estar tasadas obliga al letrado a tener en consideración las defensas que a lo mejor en España no se admitirían.- Que en las cuestiones procesales de la defensa cobran una vital importancia los nexos de jurisdicción, la jurisprudencia de intereses y el “forum shopping”, significando que a pesar de ser muy difícil que se den los conflictos de jurisdicción entre jurisdicciones nacionales por estar tratados como un subsistema jurídico pleno en el propio Estatuto los llamados órdenes de prelación, no obstante, creemos haber demostrado con casos prácticos el hecho de que al haber todavía Estados No partes y que en un futuro puedan ser cooperantes la función arbitral del TPI preceptivamente estipulada con un Acuerdo previo con el Consejo de Seguridad de la ONU y Resolución al efecto, a no ser que la asumiera el TIJ (jurisdicción voluntaria), aumentaría su pretensión de llegar a una Justicia cuasiuniversal.- Que entre las lagunas del Derecho Penal Internacional está la dificultad de completar con carácter uniforme e igualitario, en garantía de seguridad jurídica para todo justiciable, los conceptos jurídicos indeterminados que, por ejemplo, con frecuencia se contemplan en el Derecho de la Guerra, pero sólo con el consuetudinario por esa misma razón. Esto hace que incluso haya crímenes por sí mismos a lo mejor escandalosamente no tipificados a efectos de la jurisdicción del TPI. Caso de la utilización del arma

nuclear, del atentado a bienes culturales de la humanidad, etc.- Que en orden a la prueba hemos gráficamente denunciado la posibilidad de incurrir en un “Derecho penal de autor” por culpa de la globalización y de la dificultad de la prueba diabólica (“Planes y políticas”), así como que por razones culturales y religiosas (exploración médica de una mujer musulmana por un doctor) no es imposible estar en la disyuntiva de pruebas no realizables que causen indefensión o, en caso contrario, los efectos nocivos para el justiciable de una valoración de la prueba regida por la ficta confessio más propia del ámbito del Derecho civil continental.-El problema de la “razón de Estado” como impedimento a la defensa de poder aportar en juicio pruebas documentales de Seguridad Nacional acreditativas de su versión. Ni siquiera un Juez, menos un jurídico-militar en principio asesor, está por sí solo en disposición de decidir sobre tal materia, cuya competencia es ejecutiva antes que judicial (de acuerdo con el principio de separación de poderes) de hasta un Estado de Derecho. Otra cosa será la argumentación dada como control judicial de esa decisión gubernativa.- Las legislaciones de emergencia se subordinan a una situación especial previamente reglada y subordinada internacionalmente a la propia esencia estatal que pretenden defender, dentro de ella el consentimiento ya dado al TPI por Tratado si se trata de un Estado Parte, no si no lo es.-En el estudio comparativo del TPI con los Tribunales Ad Hoc anteriores destaca sobre todo que no ha sido creado por una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a nuestro juicio el principal elemento teleológico de interpretación de cualquier norma estatutaria para resolución de dudas, toda vez que los componentes políticos de un Tribunal como el del TPI tendrían que interpretarse siempre restrictivamente, lo que no quita que en orden al peso específico de las Naciones para saber cuál es el pulso mayoritario a nivel de la Comunidad Internacional se pueda hacer una crítica como la que, junto a autorizada doctrina, hemos hecho al orden mundial actual.

Nota 1128: 1. Que según sus antecedentes históricos vistos en el Proyecto de Moynier esta función ya se contempló fijándose en el Tratado de Washington y el caso del Alabama, significándose que dicha Convención rompió con la tradición arbitral papal o real. Por otro lado, consta el precedente -Vid. **RODRÍGUEZ VILLASANTE**, en XXI Jornadas de estudio, del 9-11 de Junio de 1999, del Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado), Editorial Civitas, S.A, Noviembre del 2000, Madrid; patrocinadas por el BSCH, bajo el título “*Hacia una Justicia Internacional*”, concretamente en su (III) ponencia “*Hitos y experiencias de la Justicia Penal Internacional*”, pp.304-305.- más cercano de que en caso de jurisdicción concurrente, a diferencia de lo que ocurre actualmente con el TPI, en los TPIY y TPIR se establece la primacía de la jurisdicción penal internacional de ambos Tribunales frente a las nacionales. 2. Que en ese proyecto la función arbitral sí era viable porque los textos de las Convenciones de Ginebra de entonces, como tampoco las de hoy, no estaban sometidos al principio de reciprocidad negativa de la cláusula si omnes, sino que cada Estado, y sin condición de reciprocidad alguna, estaba sujeto a las obligaciones prescritas por el Tratado en la conducción de las hostilidades. Aunque un Estado no sea parte del Estatuto sí lo suelen ser todos de las Convenciones ginebrinas, por lo que en materia de crímenes de guerra tendría más posibilidades de realizar ese papel arbitral. 3. Así se podría prever del Preámbulo del Estatuto y de la disposición conforme a la cual el TPI estará vinculado con Naciones Unidas por un Acuerdo concluido por el Presidente del TPI en su nombre. 4. A pesar de nacer con un mínimo de sesenta adhesiones el TPI no pertenece en exclusiva a los Estados partes. Tiene vocación de universalidad. De hecho, ante la excepcional atribución de jurisdicción al TPI por la remisión de una situación del Consejo de Seguridad una consecuencia es que el Estatuto no contempla en ese caso un deber general de cooperar exigible a los Estados no Partes. Por el contrario, el art.87.5 se limita a señalar que el TPI podrá invitar a un tercer Estado que le preste asistencia, pero sometiendo la efectiva prestación de la misma a “un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada”. Lo que, de nuevo, nos sitúa ante la primacía de la voluntad estatal, que reaparece incluso en el seno del ejercicio de la función jurisdiccional. (...). Se puede mantener que, a pesar de sus reconocidas deficiencias, este complejo modelo presenta la ventaja –que nosotros no compartimos por las razones que luego daremos- de no “contaminar” la función jurisdiccional del Tribunal Penal Internacional con controversias interestatales que pudieren perjudicar, a la larga, su credibilidad y legitimidad como jurisdicción penal internacional autónoma. A lo que se añadiría, por otro lado, que el Estatuto de Roma no establece un sistema de atribución de competencia automática a su favor, y que tampoco define suficientemente la forma en que una controversia podrá serle remitida. Por consiguiente, sería necesario que dichos extremos quedasen adecuadamente definidos de futuro, lo que posiblemente podría realizarse a través del Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y el Tribunal Penal Internacional. 5. Que en su tarea interpretativa (sistemática) del Estatuto la Corte Internacional de Justicia, a no ser que la asuma Ella, puede en un futuro incluso entender -

con una interpretación amplia del art.119 del Estatuto que la Corte Penal Internacional, puesto a su vez en relación con la cooperación y asistencia judicial interestatal del TPI prevista en la Parte IX del Estatuto- que el TPI tiene esa tácita función en la actualidad, de tal suerte que, incluso en caso de su no aceptación por un Estado no cooperante, siempre cabe su actuación por la vía de denuncia de ese colapso judicial por la actuación reglada del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de Estados partes. 6. La propia Comisión de Derecho Internacional (CDI), al comentar el preámbulo del Proyecto de Estatuto afirmó en los parágrafos 1 a 3 que "(...) Cuando haya más de un Estado que sea o pueda ser competente para enjuiciar el crimen de que se trate, la Corte podrá tener en cuenta la posición de cada uno de esos Estados. (...) Insistiendo también en que la Corte tendrá por finalidad complementar los sistemas nacionales de justicia penal en los casos en que no haya procedimientos para esos efectos o los que haya no sean eficaces". 7. Puede resolver los supuestos que se traten de un apátrida, atribuyendo jurisdicción mediante el lógico criterio de atender a su residencia habitual. 8. Puede evitarse así la existencia de Sentencias contradictorias, salvaguardando el principio procesal de no incurrir en la ruptura de la contingencia de la causa. 9. Puede clarificar con su tarea el "laberinto de jurisdicciones". Así se evitaría la picaresca de que algún justiciable con talento para ello –o de su abogado, tal como vimos- se convierta en lo que por algunos autores doctrinales se ha venido en llamar en llamar un "ingeniero jurisdiccional", esto es, que se someta voluntariamente a la jurisdicción más beneficiosa gracias al mapa de complementariedad previsto (algo así como una anglosajona jurisprudencia de intereses contraria al derecho al "juez natural"). 10. También puede solventar los supuestos en que para la extradición haya una concurrencia de Tratados, significándose que en caso de contrariedad entre lo que un Estado Parte se haya comprometido con otro que no lo sea y el Estatuto, con arreglo al art.90 del Estatuto, sólo en ese caso se deberá respetar ese compromiso y dar prioridad al criterio del Tratado de extradición por exigirlo así también al art.30 de la Convención de Viena para la interpretación de los Tratados. Distinto es que ambos Estados fueran parte del Estatuto, en cuyo caso se decidirá con arreglo a éste. Si la objeción a esta propuesta, no obstante los anteriores argumentos, fuera el ser ello causa de una posible recusación (por "intoxicación" a su imparcialidad) futura de sus magistrados al tener que entender el TPI después sobre el juicio de fondo principal, entendemos que la garantía jurídica estatutaria del mecanismo procesal de su sustitución la puede soslayar. Con mayor motivo si el propio Estatuto prevé y permite (art.38.4) la posibilidad del Presidente del TPI del desarrollo de las actuaciones procesales de tipo preliminar que sean necesarias durante la investigación, en coordinación con el Fiscal. Esto último, a sensu contrario, y a modo de "oxímoron", podría ser una certera crítica de un abogado en cuanto a la comisión de esa misma "injusticia" ya por la propia norma, por lo que si, pese a la admisión por ésta, no se le admitiera esta interpretación, entendemos entonces que el abogado podría contra-atacar en Derecho a la "magistratura" del TPI planteándole, bajo simultánea petición de nulidad de pleno Derecho de todo lo actuado en contra de su defendido, la cuestión de la "inconstitucionalidad" dimanante del propio nombramiento y actuación de su Presidente, bien al TIJ o a la mismísima Asamblea de Estados Partes para su resolución interpretativa por acuerdo favorable de más de dos tercios.

Nota 1147: Suele ocurrir además que, según legislación estatal, en la mayoría de las ocasiones la víctima sí tenga capacidad procesal de obrar y ejerza la acusación particular, por lo que puede ocurrir, ya de entrada, que teóricamente un juicio estatal reúna de por sí una mejor tutela procesal de los derechos de las víctimas que respecto a la prevista en el TPI. Se puede conseguir Justicia sin tener por qué llegar al TPI si ese país está en mínimas condiciones de poder ejercer, por ejemplo, el principio de jurisdicción universal. A mayor abundamiento, si quien fuera autor material del delito en el momento de su comisión se tratase de un menor de dieciocho años, según el Estatuto (art.18), el TPI no sería competente; y la realidad dice que, por ejemplo, hoy en materia de inmigración ilegal hay mafias que por la vía de la inducción se sirven de ellos para el trabajo de hacer de patronos de pateras con el fin de conseguir en su caso la impunidad de quien, en realidad, es su autor mediato. Esta "fuga" de aguas en el barco –nunca mejor dicho- de su jurisdicción, y su falta de pena a un menor con perjuicio de falta de resarcimiento al menos moral para la víctima, también podría ser al menos "achicada" con el ejercicio efectivo de la jurisdicción estatal y su aplicación de la ley del menor y de "la culpa in vigilando".

Nota 1155: Manifiesta además que "lo que importa señalar es que el art.23.2.e) LOPJ no excluye absolutamente una renovación del juicio, en la medida en la que admite que la pena cumplida se debe descontar de la que le corresponda", concluyendo que lo decisivo sólo es que el autor no sufra una pena más grave que la de la gravedad del hecho cometido, ilustrándonos este

argumento trayendo a colación el cambio de doctrina constitucional representado por la STC 2/2003 (que se remite al Caso Oliveira –STEDH de 30 de julio de 1998) en el ámbito de nuestro Derecho interno, y consistente en que, en suma, el fundamento último de la prohibición de doble sanción no es el principio de legalidad previsto en el art.25.1 de la Constitución española como hasta entonces se estaba interpretando, ya que un nuevo enjuiciamiento del nuevo hecho no contraviene ni la exigencia de *lex praevia*, ni de *lex scripta*, ni de *lex certa*, ni de ‘*lex stricta*’, toda vez que esta renovación del juicio, según una ley vigente para el caso en cuestión, no constituye una aplicación retroactiva de la ley ni tampoco la aplicación de un texto carente de determinación o de un texto ampliado analógicamente, sino que, en realidad, esa última ratio hay que buscarla en el principio de proporcionalidad o bien en el de culpabilidad, pues de acuerdo con estos sólo es legítima una sanción equivalente en su gravedad a la del hecho sancionado.

CAPÍTULO IV

Nota 1180: Por otro lado, incluso en las Operaciones de Paz, es de destacar dos misiones que refuerzan ese criterio hasta para las propias Fuerzas Armadas y sus grupos tácticos sobre el terreno: en la del Congo (ONUC), creada en 1960 con ocasión del conflicto suscitado en ese país por la intervención belga y la guerra de secesión de *Katanga*, recibió el mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de tomar todas las medidas necesarias para proporcionar al Gobierno congolés la asistencia militar de que tuviera necesidad hasta que las Fuerzas Nacionales de Seguridad pudieran cumplir sus funciones, ampliándose en el tiempo progresivamente su mandato hasta llegar a ser el primero que por el devenir de los hechos debiera autorizar expresamente para su cumplimiento el uso de la fuerza, necesidad a la que también se vio abocada UNPROFOR (después IFOR y SFOR) en la *Ex Yugoslavia*. *No es de extrañar que en la evolución de sus etapas, convirtiéndose en Misiones de Segunda a Tercera generación, las Reglas de Enfrentamiento (ROes) tuviesen que variar permitiéndose al soldado no ya sólo reaccionar con la fuerza para el caso de legítima defensa sino para cumplir la defensa a toda costa del propio mandato que las legitimase.* Es más, llegaría un momento donde -a partir de la lección aprendida de que *nada es más peligroso para una operación de mantenimiento de la paz que tener que usar la fuerza cuando no está en condiciones de hacerlo-* el propio Consejo de Seguridad, siguiendo el Informe “**Brahimi**” (A/55/305-S/2000/809) del Milenio del Secretario General, llegaría a autorizar el uso de la fuerza a ciertos Estados *para que restablecieran el orden* que no pudieran mantener las operaciones. Fue el caso de los *Estados Unidos para Somalia* o *Francia para Ruanda*.

Nota 1186: En una perspectiva histórica la culminación de la figura de Gobiernos en el exilio tuvo lugar en el *Reino Unido* durante la segunda guerra mundial. Hoy, sin embargo, la figura se está desvaneciendo, habiendo aparecido en su lugar, en el contexto de la aplicación del principio de la libre autodeterminación de los pueblos, los Movimientos de Liberación Nacional. Caso, por ejemplo, de la OLP. No obstante, la Doctrina ha puesto especial cuidado en diferenciar los MLN de las Organizaciones Internacionales y los Estados que los reconocen o no, cuya personalidad jurídica es distinta, porque tal reconocimiento no llega hasta el punto de reconocer a sus órganos de gobierno como si fueran los de los Gobiernos en el exilio y, por tanto, la inmunidad jurisdiccional (el *ius standi*) ante los órganos jurisdiccionales del Estado de que se trate puede que no sea total al no aplicárseles aquí el aforismo “*par in parem non habeat imperium*”. ¿Por qué? Porque aquí no habría una relación “entre pares” propiamente dicha.

Nota 1188: “**Artículo 38.1.** *La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las Convenciones Internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.*”

Nota 1189: “**Artículo 96. 1.** *Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados*

o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.2. Para la denuncia de los Tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.”

Nota 1204: A partir del 5 de octubre del 2006, por ejemplo, la OTAN asumió el mando de las Fuerzas Internacionales (ISAF) en *Afganistán*, hasta entonces lideradas por los EE.UU, en el este de dicho país. De este modo, la misión de la Alianza Atlántica ha venido a cubrir la totalidad del territorio afgano. Es la primera misión “fuera de área” que se realiza fuera del “espacio euroatlántico” en el que se insertan los Estados miembros y socios de la OTAN. Aunque ya la manifestación más llamativa fue la intervención armada en *Kosovo* en 1999, cuya legalidad planteaba problemas que - por parte de la doctrina, también española (p.ej. **CARDONA y AZNAR,M**)- no han dejado de ser denunciados, lo cierto es que *los problemas operativos de los diversos contingentes* en este sentido son a veces tan grandes como difíciles de resolver incluso a diario, sobre el terreno y con la tensión propia de una “fricción” *clauswitziana*; es decir, no sólo a un nivel sólo mediático y con ambiente reposado; dificultades que, entre otros, recaen también en la labor de un militar jurídico operativo hasta el punto de poderse encontrar profesionalmente “sin ninguna red bajo el alambre” cuando se le exija “legalizar a toda costa la orden del mando” aunque éste, dadas las difíciles circunstancias, se extralimite al darla, pero que, en términos del antiguo art.34 de las Reales Ordenanzas sobre la obediencia debida –hoy el 48 y 49-, en todo caso deba ser cumplida porque no sea “manifiestamente” antijurídica y porque, sea la orden dada buena o mala, *a priori* sí puede estar en todo caso en consonancia con las leyes y usos constitucionales (art.10.2 CE) “de la guerra”...: pensemos que hay ocasiones donde un contingente de la Alianza – como pueda ser España- se vea en la tesitura de tener que apoyar o recibir un apoyo coyuntural en el propio cumplimiento de su misión, y con motivo de un incidente de combate (“TIC”, *tactical incident combat*) en rutas de sus patrullas, o por simple precaución, a veces, incluso el tener simplemente que variarlas adentrándose forzosamente en la zona (por lo general aérea o terrestre) que no es de OTAN sino (por ejemplo) de “*Libertad Duradera*”; es decir, la de otro país que sin perjuicio de que pueda ser socio OTAN –EE.UU o *Inglaterra*- esté maniobrando simultáneamente allí en el cometido ya propio de una operación que es distinta a la española, cual es la del mismo combate de “*Libertad Duradera*” –operación no OTAN-. **El mando de nuestro país no tendrá más remedio que plantearse qué reglas de enfrentamiento comunes deban entonces que aplicarse y cómo:** es decir, no sólo para una situación que, en principio, y de acuerdo con su estancia allí, dado que “no está en guerra”, lo es “contra-natura” (combatir), sino para prever como buen socio que, al menos, no se resienta la operatividad de todos los bandos defensivos que, aunque socios, son distintamente intervinientes como combatientes expresamente reconocidos por ellos mismos, de forma que la dificultad jurídica para solucionar esa difícil compatibilidad de actuaciones pueda provenir no sólo de la distinta cultura, idiosincrasia (estrategemas no homogéneas al caso) y mentalidad instruida al soldado de uno y otro país, sino de que puedan tener también una consideración distinta del concepto de “terrorismo” pese a ser sujetos de los mismos atentados, de la clase de lucha que haya que emprender contra él, del tipo de armamento por unos y otros a emplear (pesado, ligero,... incluso en caso extremo el nuclear), de la distinta premura en la cautela aconsejable en la circunstancia habida de una legítima defensa disensuada porque unos crean en la “preventiva” o de primer golpe y otros sólo en la “anticipada” (disparar al aire, al suelo, señalar,...), de los distintos medios de que se dispongan (no es lo mismo un BMR que un “Lince”, combatir de día a plena luz o de noche con unas “gafas de visión nocturna”, el diferente tipo de refugio ya lo sea con *hesko-bastios* o simples trincheras improvisadas de pico y pala...), de la distinta consideración del objetivo militar (para unos bastará para su identificación una mera sombra sospechosa, para otros la visual efectiva del supuesto “enemigo” si le da tiempo a no ser atacado mientras la averigua) y de los procedimientos de combate en su caso (mediante el cuerpo a cuerpo en las guerrillas o sólo a través del sofisticado instrumental del “soldado universal”), de la distinta información que tengan de la inteligencia, a veces contradictoria la de unos respecto de la de otros, el diferente hostigamiento o no de la población local a que se vean sometidos por los posibles bombardeos con cohetes (*rocket alarm*), su posible diferente simpatía, las posibilidades o no de soborno de la Policía o Fuerzas de Seguridad locales, eficacia del espionaje, etc.

Nota 1206: PIDCP. Artículo 19.3: “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La

protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.” Artículo 21: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.” Artículo 22.2: “El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.”

Nota 1210: Ambas clases de Autoridades preverán mínimamente el desarrollo y condiciones en que se aborden las tareas de restablecimiento de la Ley y el Orden; las garantías para que toda persona herida reciba el tratamiento adecuado, que los cadáveres sean identificados y tratados con respeto; y que las personas arrestadas o detenidas por las autoridades durante las operaciones de mantenimiento o restablecimiento de la Ley y el Orden reciban un trato justo y humano. Los procedimientos operativos estándar para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley deben ser compatibles con las normas internacionales sobre el empleo de la fuerza. Deben incorporarse en Manuales redactados en forma sencilla, fáciles de comprender, y deben transformarse en Reglas de Enfrentamiento que tienen que empezar porque (sabiéndose que las Operaciones de Paz son algo más que un sólo banco de pruebas, pues no en balde en Ellas también se encuentra la muerte) el entrenamiento del personal y material adecuados deba de incluir simulacros prácticos tan cercanos a la realidad como sea posible. Una sólida cadena de mando y la disciplina (incluido un sistema de sanciones) garantizan la eficacia de la supervisión y el control.

Nota 1218: Así los siguientes:

- Artículo 4 de la Convención de *La Haya* de 1954 para la protección de los bienes culturales;
- Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales, sus Protocolos I a IV (mediante el artículo 1 enmendado) y el Protocolo V;
- Convención de *Ottawa* de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción;
- Segundo Protocolo de 1999 de la Convención de *La Haya* para la protección de los bienes culturales;
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de los niños en los conflictos armados, de 2000;
- Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra, de 2005.

Nota 1225: Es decir, si ya la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el **artículo 8** de su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Estatal Internacional considera a tales efectos “hecho del Estado” el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o grupo actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar tal comportamiento, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en los casos citados y respecto de la aplicación de la Convención sobre el Genocidio resulta que, mientras que en el asunto *Nicaragua* y de la masacre de *Srebrenica* se requiere para la atribución de esa responsabilidad estatal un control *efectivo* (por el Estado norteamericano de las operaciones militares protagonizadas por la contra nicaragüense, criterio que confirma el mismo Tribunal en su Sentencia de 26 de Febrero del 2007 sobre el genocidio de *Sberenica* de 1995), para el Tribunal de la *Exyugoslavia* en el caso *Tadic*, sin embargo, consideró que sólo bastaba un control “global” de la situación por parte del Estado yugoslavo con respecto de la operación militar finalmente reprochada al ejército serbio de *la República Srpska* de *Bosnia* y, por tanto, independientemente de que el control efectivo lo tuvieran en realidad sólo las autoridades locales de *Bosnia* y no de *Serbia*.