

La Guerra y la Paz:

La situación del terrorismo internacional

1. Introducción:

Frente al terrorismo internacional islamista, más y más voces se levantan diciendo que se trata de actos de guerra, con lo cual la única respuesta adecuada sería el recurso a las armas. Así, incluso las Naciones Unidas calificaron los atentados del 11 de septiembre de 2001 (en adelante, 11-S) como un acto de guerra, permitiendo la autodefensa bajo el Capítulo 7 de la Carta de la ONU. Del mismo modo, el ministro del interior alemán, Wolfgang Schäuble, demanda que permitamos no sólo a la policía, sino también a las fuerzas armadas ocuparse de la prevención del terrorismo.¹ Ya parece casi superfluo mencionar la reacción directa y claramente militar de los EE.UU. al 11-S – la guerra contra los talibanes en Afganistán, y la invasión de Irak. En la misma dirección va naturalmente la proclamación de George W. Bush de la "guerra contra el terrorismo internacional". Además, la presión de los EE.UU. es fuerte, ya que obligan a la comunidad internacional a colaborar en esta guerra si no quieren ser identificados ellos mismos como estados terroristas.

Teniendo en cuenta esta situación, es necesario preguntarse: ¿qué posición deben tomar los Estados frente al terrorismo? ¿Es un crimen? ¿Es una guerra "sagrada", parecida a las cruzadas de la Edad Media? ¿O es algo entre los dos, un estado de emergencia, donde ni el derecho penal ordinario, ni el derecho de policía ni el derecho internacional humanitario se aplican como antaño? Entonces, concretamente, la cuestión es en qué situación nos encontramos actualmente con respecto al terrorismo – ¿en una situación de paz, de guerra, o en una situación *sui generis* (emergencia, inestabilidad, etc.)? De la respuesta a esta pregunta depende cuál y cómo se aplicará el derecho. Pero como el derecho está interrelacionado con la sociedad y la política, el derecho de hoy influirá también sobre la situación política en la cual nos encontraremos más adelante. Es decir, si el derecho parte de una situación de guerra, la sociedad entera se transformará también en una sociedad en guerra.

Como hemos visto, la tendencia internacional no es tan adversa a la teoría que identifica actos de terrorismo con una especie de crimen de guerra. Suponiendo que ése fuera el caso, el derecho también evolucionaría hacia un derecho de la guerra. En el presente artículo, vamos a comparar los conceptos legales de "actos de terrorismo" y "crímenes de guerra". Vamos a examinar las diferencias principales, así como los rasgos comunes a ambos, para ver si los dos conceptos pueden equipararse. Luego vamos a investigar la situación en el derecho ordinario actual frente al terrorismo. Recientemente se discute el llamado "Derecho Penal del Enemigo" que introduce conceptos de la guerra en el derecho penal común. Como caso ejemplar, vamos a observar el desarrollo anti-terrorista en el sistema jurídico alemán. De ello, vamos a concluir si se trata todavía de un derecho penal liberal, o si más bien el derecho penal de enemigo ya está entrando en nuestro sistema jurídico. Si ése fuera el caso, tememos que el movimiento del derecho penal del enemigo, nos llevará, a largo plazo, a una situación en la cual se desdibujará la distinción entre guerra y paz. En última instancia, cabe esperar que de esta manera, nos encontraremos en una situación de guerra permanente. La misma entrará así en nuestra sociedad, invitada, no solamente por los terroristas, sino – lo que es aún peor porque podríamos evitarlo – ¡por el derecho mismo! La intención de este artículo es entonces revisar

¹ Véase la entrevista a Schäuble en Darnstädt, Thomas. (2007) "Im Vorfeld des Bösen" in *Der Spiegel*. 18-30, págs. 18-33

brevemente el desarrollo del derecho anti-terrorista actual y las consecuencias potenciales de este desarrollo para nuestra sociedad.

2. Terrorismo y crímenes de guerra, una continuación de Blakesley

La idea de encontrar un paralelo entre terrorismo y crímenes de guerra no es nueva. En 1992, Alex Schmid ya había presentado una definición de terrorismo ante el United Nations Crime Branch que se destacaba por su brevedad y simplicidad: actos de terrorismo serían, según esta definición, el equivalente a crímenes de guerra en tiempos de paz. Del mismo modo, Howard Levie tituló su extenso libro sobre el derecho de guerra de 1992: "Terrorismo en la guerra – el derecho de crímenes de guerra".² Pero la cuestión no ha perdido actualidad: la comparación entre terrorismo y crímenes de guerra es una de las cuestiones que Christopher Blakesley examina peripatéticamente en su libro "Terror and Anti-Terrorism – A Normative and Practical Assessment" de 2006.³ Lamentablemente, Blakesley acentúa la semejanza entre crímenes de lesa humanidad,⁴ crímenes de guerra y terrorismo, sin dar una comparación explícita y analítica de estos dos últimos. También ofrece una definición de terrorismo, que, según él, se destaca por ser "neutral y útil".⁵

Con el ánimo de continuar el trabajo de Blakesley, partimos entonces de su definición de terrorismo, teniendo en cuenta que ésta carece de consenso internacional que confirme su validez (francamente, tampoco existe consenso en la comunidad internacional sobre cualquier otra definición de terrorismo).⁶ Respecto de los crímenes de guerra, nos parece consecuente seguir igualmente la aproximación de Blakesley, quien hace referencia en su libro a la definición de crímenes de guerra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Artículo 8, segundo párrafo, véase anexo I).⁷ Por lo tanto, vamos a basarnos también sobre esta definición para el presente trabajo, si bien somos conscientes de que incluso para estos crímenes, ya internacionalmente reconocidos, las definiciones concretas varían sustancialmente.⁸

2.1. Apreciación global de las nociones “crimen de guerra” y “terrorismo”

² Levie, Howard S. (1992) *Terrorism in War. The Law of War Crimes*. New York, Oceana Publications.

³ Blakesley, Christopher L. (2006) *Terror and Anti-Terrorism - A Normative and Practical Assessment*. New York, Transnational Publishers, Inc.

⁴ Éstos se distinguen de los crímenes de guerra básicamente por su carácter "generalizado o sistemático" ("widespread and systematic"), compárese Artículo 7(1) del Estatuto de Roma.

⁵ Para los elementos constitutivos de la definición de Blakesley, véase anexo II.

⁶ Ya en 1988, existían más de cien diferentes definiciones de terrorismo en el mundo que no tienen ni siquiera un solo elemento en común. (Schmid, Alex P and Jongman, Albert I. (1988) *Political Terrorism. A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories and literature*. Amsterdam, and New Brunswick, Sociaal-Wetenschappelijk Informatie- en Documentatiecentrum (SWIDOC), and Transaction Books, pág. 5 y siguiente).

⁷ BLAKESLEY, loc. cit., pág. 184 y siguientes.

⁸ Para algunos, son simplemente crímenes cometidos durante una guerra. Muchos los definen de manera más restrictiva, como violaciones serias a las reglas consuetudinarias o emanadas de tratados, perteneciendo al corpus del derecho internacional humanitario de conflictos armados (Werle, Gerhard. (2005) *Principles of International Criminal Law*. The Hague, T.M. C. Asser Press, pág. 269). Más concretizaciones se encuentran en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Así, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) destacó en el caso Tadić requerimientos básicos que caracterizan un crimen de guerra (§ 94 del TPIY Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber, 2 October 1995; están también citados por Cassesse, Antonio. (2003) *International Criminal Law*. Oxford, New York, Oxford University Press, pág. 47) En la decisión Galić, el TPIY además criminalizó explícitamente la comisión de actos de violencia "cuya finalidad principal sea *aterrorizar* a la población civil" (TPIY Judgment, Galić (IT-98-29-T), Trial Chamber I, 5 December 2003, x 133, [Nieto Navia, J., dissenting] ; véase también WERLE, loc. cit., pág. 345 y siguiente). Sin embargo, es problemático referirse a esta decisión ya que fue criticada fuertemente, justamente por la vaguedad del término "aterrorizar".

Los crímenes de guerra pertenecen al derecho de la guerra, al *ius in bello*.⁹ El término describe crímenes penalizados por el derecho internacional y cometidos en conexión con un conflicto armado.¹⁰ Desde 1998 el Artículo 8(2) del Estatuto de Roma, los define de una manera más detallada, tal es así que este párrafo ocupa ya varias páginas del Estatuto.¹¹ Digamos que esta definición es la más larga y precisa de todos los crímenes internacionales penalizados por el Estatuto de Roma. El Artículo 8 enlista una gran cantidad de conductas, distinguiendo entre crímenes de guerra en un conflicto armado internacional (par. 2(a) y (b)), en un conflicto armado interno (par. 2 (c) – (f)). En los *Elementos de los Crímenes* (EC)¹², cada conducta está aún más concretizada, explicando la conducta y el estado mental necesarios para la comisión de cada crimen de guerra enumerado.¹³

En cuanto al dolo (elemento subjetivo), la norma más importante al respecto es el Artículo 30 del Estatuto de Roma, la cual establece que, en ausencia de una provisión especial, se requiere la intención, la conciencia, o ambos en relación con los elementos materiales del crimen.¹⁴ Adicionalmente, se deduce de los EC que generalmente es necesaria la conciencia respecto a las circunstancias de hecho que establecieron la existencia de un conflicto armado.¹⁵ Más concretizaciones relativas al dolo se encuentran en la introducción general a los EC.¹⁶ Además de estos requisitos generales, en algunos casos, es suficiente que el autor conociera¹⁷ o debiera conocer¹⁸ un cierto hecho. En otros casos puede ser necesaria una intención especial, es decir, que la conducta fuera ejecutada "deliberada"¹⁹ o "intencionalmente".²⁰ Cuando se hace referencia explícita a la intención, se interpreta de manera que no sólo se requiere una

⁹ Abi-Saab, Georges et Rosemary. (2000) " Les crimes de guerre" in *Droit International Pénal, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (CEDIN Paris X)*. Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel and Pellet, Alain (eds). Paris, Éditions A. Pedone, pág. 278. Las fuentes más relevantes para determinar el ámbito de crímenes de guerra son los Convenios de la Haya (de 1899 y 1907) y los Convenios de Ginebra (los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos protocolos adicionales de 1977).

¹⁰ WERLE, loc. cit., pág. 269.

¹¹ Véase el anexo I al presente artículo.

¹² Se encuentran online, en lengua española, en la página de web de la Universidad de Minnesota, véase <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/S-elementsofcrime.html> (visitado el 2 de agosto de 2007).

¹³ El valor legal de este documento se refleja en el Artículo 9 del Estatuto, el cual estipula que los EC "ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto". Por consecuencia, tienen valor interpretativo, sin ser vinculantes (Dörmann, Knut. (2002) *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Sources and Commentary*. Cambridge, Cambridge University Press, pág. 8).

¹⁴ Resta aún como problema cómo conciliar esta regla con la jurisprudencia del TPIY que estableció que "the mens rea constituting all the violations of Article 2 of the Statute includes both guilty intent and recklessness which may be likened to serious criminal negligence." (TPIY, The Prosecutor v. Tihomir Blakiaë, Trial Chamber I, Judgement of 3 March 2000, IT-95-14-T, para. 152).

¹⁵ Compárese la introducción al Artículo 8 en los EC, último párrafo. Este requisito se considera como una forma específica de conocimiento, bajo el estándar requerido por el Artículo 30 del Estatuto. Para más detalles en cuanto a la interpretación de este elemento, véase DÖRMANN, loc. cit., pág. 20 y siguientes.

¹⁶ Véase loc. cit., pág. 9 y sig.. El borrador final está reproducido en PCNICC/2000/1/Add.2 del 2 de noviembre de 2000.

¹⁷ Por ejemplo, Artículo 8 (2) (b) (iv).

¹⁸ Por ejemplo, Artículo 8 (2) (b) (vii).

¹⁹ Sólo una vez, en el párrafo 2) a) vi): "privar *deliberadamente* a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente".

²⁰ Véase párrafos 2) a) i), 2) b) i-iv, ix, xxiv), xxv), y (2) e) i-iv) del Artículo 8 del Estatuto de Roma. Sin embargo, según los EC, se requiere también una intención en otros casos no mencionados expresamente en el Estatuto. Así, por ejemplo, los elementos establecen que, para cumplir con el requisito mencionado en el Artículo 8 2) a) viii) (toma de rehenes), se requiere "que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, a una persona natural o jurídica o a un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas." Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que en algunos casos, la intención mencionada en el Estatuto, se entiende no tanto como intención directa, sino más bien como elemento de conocimiento, exigiendo solamente "que el autor haga el juicio de valor indicado en ella. La evaluación del juicio de valor debe fundarse en la información necesaria que hubiese tenido el autor en el momento del acto." (Es el caso, por ejemplo, en el Artículo 8 2) b) iv), donde la intención se entiende, según los EC, sólo en el sentido "que el autor haya sabido...".

intención (conocimiento y voluntad) respecto de la conducta concreta, sino que además se requiere el conocimiento *de las consecuencias* de esta conducta.²¹

Respecto del terrorismo, como hemos anunciado, continuaremos en la dirección de Blakesley, utilizando su definición del terrorismo como punto de partida:

- (1) violencia cometida de cualquiera manera
- (2) causando la muerte, lesiones graves, o daños graves a la propiedad
- (3) de individuos inocentes
- (4) con la intención o desprecio consciente de causar estas consecuencias
- (5) con el fin de coercionar o intimidar a un grupo específico, o a un gobierno, o para ganar de otra manera algún beneficio político, militar, filosófico o de otro tipo.²²

En esta definición, la conducta prohibida, la "violencia", es un término bastante general, más aún si es "cometida de cualquiera manera". Según el derecho alemán, "violencia" se define como una fuerza con efecto físico.²³ Pero la violencia está más especificada en el segundo elemento: tiene que causar o la muerte, o lesiones graves, o daños graves a la propiedad. Por lo tanto, tiene que tener una cierta gravedad mínima. Sin embargo, esta parte de la definición peca por la vaguedad de los términos empleados, lo que entra en contradicción con el principio de certitud, desde el punto de vista del derecho penal. Sorprende un poco el tercer elemento, "individuos inocentes". ¿Cómo se define quién es inocente? Según Blakesley, el término *inocente* comprende no-combatientes durante una guerra y no-agresores en tiempos de paz, y tiene relevancia para determinar si el autor actuó en una situación de autodefensa o no.²⁴⁻²⁵ Blakesley define "inocentes" como una *mélange* de los conceptos en derecho penal y derecho internacional humanitario, incluyendo términos tales como "civiles inocentes", "no-combatientes", o los llamados "*hors du combat*". Es importante, además, observar que según la definición de Blakesley son exclusivamente ataques contra *individuos* los que pueden ser considerados como actos de terrorismo, mientras que actos contra entidades o gobiernos, por ejemplo, no están incluidos. Esto último es problemático ya que, históricamente, los ataques clásicos del terrorismo se dirigieron muchas veces contra símbolos del estado, como edificios gubernamentales, bases militares, embajadas, etc..

Observamos que la definición no incluye ninguna referencia a la situación política del estado donde se comete el acto de terrorismo – no estipula si el acto debe ser cometido en tiempos de paz o de guerra. Como la paz es el estado normal, hay que suponer que actos de terrorismo se cometen al menos *también* en tiempos de paz. Excepcionalmente, pueden también tener lugar durante una guerra. El hecho que la definición no fije el contexto – paz o guerra – prueba que para Blakesley esta distinción no fue relevante. La definición más bien apunta a definir cuáles actos pueden ser considerados como actos terroristas, sin perjuicio del escenario donde tengan

²¹ Esta conclusión está confirmada por los EC, párrafo 2(b)(ii). que establece: "que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales objetos civiles." (Bothe, Michael. (2002) "War Crimes" in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Cassese, Antonio, Gaeta, Paola and Jones, John R. W. D. (eds). New York, Oxford University Press. 379-426, pág. 389.

²² Véase el Anexo II al presente artículo.

²³ Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof, BGH), Urt. vom 20.7.1995 - 1 StR 126/95 = NJW 1995, 2643; Tribunal Constitucional Alemán (Bundesverfassungsgericht, BVerfG), 1 BvR 718/89; 1 BvR 719/89; 1 BvR 722/89, que declaró inconstitucional la jurisprudencia previa del BGH que incluyó también la fuerza con efecto psíquico en la noción de "violencia" (*Gewalt*).

²⁴ Blakesley explica que es sin embargo necesario definir "inocentes" para distinguir el homicidio criminal del homicidio excusado o justificado: Así, según el derecho penal doméstico, una persona comete un homicidio si mata a otra persona inocente sin justificación o excusa, intencionalmente, con culpa, o negligencia (criminal). La persona muerta se considera como inocente si no estaba llevando a cabo una agresión inmanente contra el autor utilizando fuerza letal (BLAKESLEY, loc. cit. pág. 46.)

²⁵ Véase BLAKESLEY, loc. cit. pág. 171 y siguiente. En el derecho alemán, se excluiría la responsabilidad penal en tal caso en el nivel de "justificación", ya que la autodefensa frente a una agresión inminente e ilegal siempre está justificada, véase Artículo 32 del Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch, StGB*).

lugar. Pero, sin embargo, Blakesley sí reconoce que el contexto exterior determina la responsabilidad penal. Así, dice que la misma conducta puede ser un crimen contra la humanidad, terrorismo, u homicidio simple, dependiendo de las circunstancias externas.²⁶

2.2. Comparación

Las dos definiciones son distintas en varios aspectos. Vamos a examinar en más detalle las diferencias respecto a la estructura, las personas o bienes protegidos, y los elementos constitutivos.

(a) Estructura

Respecto de la estructura, es evidente que la definición de crímenes de guerra es mucho más detallada que la del terrorismo. Además, es importante notar que los crímenes de guerra, según esta definición, consisten en elementos objetivos (conductas ilícitas) y elementos subjetivos que se refieren a los elementos objetivos (intención de cometer tal delito), mientras que la definición del terrorismo tiene adicionalmente un elemento final independiente de los elementos objetivos (que no es lo mismo que la intención, como vamos a ver más tarde).

(b) Bienes o sujetos protegidos

En el caso del terrorismo, la definición propuesta intenta proteger únicamente *individuos inocentes*. A primera vista parece entonces que esta definición priva de protección a las cosas. Sin embargo, se desprende del elemento "que causen daños graves a la propiedad" que la propiedad también está protegida. Parece sin embargo coherente interpretar que la propiedad perteneciente a individuos inocentes exclusivamente debe estar protegida. En cambio, los crímenes de guerra están dirigidos a proteger derechos individuales fundamentales en conflictos armados, derechos tales como la dignidad humana, la vida, y la integridad física.²⁷ En concreto, el artículo 8 del Estatuto de Roma protege varias personas y objetos, incluyendo no sólo no-combatientes o personas civiles, sino también la población civil en general, así como combatientes adversarios en ciertas situaciones, prisioneros de guerra, niños, y miembros de una misión de paz o humanitaria. Además, protege bienes civiles, incluyendo bienes del enemigo, edificios de valor religioso, cultural, o científico, monumentos históricos, hospitales etc..

Se nota que el derecho internacional humanitario distingue entre personas / objetos civiles, por un lado, y personas / objetos militares, por el otro. Se utilizan términos bélicos en cuanto a las víctimas, mientras que en el caso del terrorismo, "inocente" es una apreciación fundamentalmente moral. La protección bajo el derecho internacional humanitario además no está *per se* individualizada, aunque hay situaciones específicas en las que personas individuales están protegidas. En el caso del terrorismo, se plantea la pregunta: ¿quiénes son estos individuos inocentes en concreto? ¿La policía puede ser "inocente"? ¿O el término implica que no debe existir ninguna conexión con el gobierno, paralelamente al concepto de "no-combatientes" del derecho humanitario? ¿Y cómo se interpreta esta noción cuando se trata de un ataque no contra una persona individual, sino contra un grupo bien definido, que incluye varios individuos, por ejemplo un grupo de turistas? Observamos que el término "individuos inocentes" plantea varios problemas respecto de su interpretación, mientras que los objetos de protección bajo el régimen de crímenes de guerra están bastante claramente definidos.

(c) Elementos objetivos

²⁶ pág. 195.

²⁷ Además, se protegen valores que trascienden derechos individuales, como la paz mundial. (WERLE, loc. cit., pág. 285).

Mientras que la definición propuesta para el terrorismo contiene tres conceptos bastante generales (“violencia”, “cometida de alguna manera” contra “individuos inocentes”), los actos calificados como crímenes de guerra son muy concretos y específicos. En conclusión, los crímenes de guerra enumerados por el Artículo 8 del Estatuto de Roma cumplirían todos también con el elemento objetivo del terrorismo, ya que todos constituyen actos de violencia “cometidos de alguna manera” y causan o la muerte, o lesiones graves o daños graves a la propiedad de individuos inocentes. La definición tan estricta de crímenes de guerra tiene como ventaja, a primera vista, que limita expresamente la aplicación del Artículo 8 a un mínimo de actos legalmente calificados como muy graves, mientras que bajo la definición de terrorismo, el ámbito de aplicación parece ser mucho más amplio. Por otro lado, contiene una cantidad considerable de actos violentos, así que parece difícil pensar en actos de terrorismo que no pudieran aparecer, simultáneamente, en la lista. Los atentados del 11-S, por ejemplo, podrían ser considerados como actos punibles bajo el Artículo 8 2) a) i), b) i, o e) i)²⁸. Bombas en edificios como la mezquita de Djerba o una embajada constituyen ataques a edificios que no están defendidos y que no son objetivos militares, protegidos bajo el Artículo 8 2) b). Restan sin embargo actos criminales muy serios fuera del ámbito del Artículo 8 – actos que terroristas también podrían cometer. Como Schabas nota, las formulaciones son tan concretas que las lagunas jurídicas parecen inevitables, causando en ciertos casos desigualdades fatales. Por ejemplo, los métodos de guerra están prohibidos de manera discriminatoria: mientras que “la bomba atómica del pobre”, es decir, flechas venenosas y balas cavernosas, está prohibida por el Estatuto, no se encuentra ninguna norma que prohíba armas nucleares, biológicas y químicas.²⁹

Vemos que existen diferencias sustanciales entre terrorismo y crímenes de guerra respecto de la conducta objetiva prohibida. Mientras que una está redactado de manera demasiado vaga y ambigua, poniendo en peligro el principio fundamental de certitud y seguridad jurídica, la otra está redactada de manera muy detallada, dejando vacíos significativos en el derecho e invitando así a la impunidad.

(d) Elementos subjetivos

Respecto de los elementos subjetivos, ya hemos visto que en el caso de crímenes de guerra, la mayoría de los delitos respectivos no tienen un elemento subjetivo especial, así que la conciencia y la intención bastan. Sólo en algunos casos, esto es, cuando se trata de ataques contra personas u objetos, se requiere una *intención* específica o, por lo menos, que el acto sea cometido *deliberada o intencionalmente a sabiendas*. Por otro lado, en el caso de terrorismo, se requiere una intención extremadamente específica, es decir, la *intención o desprecio conciente de causar estas consecuencias [la muerte, lesiones graves o daños graves a la propiedad]*. El terrorista tiene que querer la muerte de inocentes, o por lo menos concientemente despreciar el valor de la vida o la integridad física humana, o de la propiedad individual.³⁰ En el caso de los crímenes de guerra, se observa que, gracias a la formulación escrupulosa de los elementos objetivos, también los elementos subjetivos están mucho más diferenciados. La mayoría de los actos, sin embargo, no requiere ninguna intención especial.

Concluimos que el dolo está mucho más diferenciado para varios crímenes de guerra que para el caso de terrorismo, mientras que los requisitos necesarios para cometer un acto de

²⁸ Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades.

²⁹ Schabas, William. (2004) *An Introduction to the International Criminal Court*. second ed. Cambridge, Cambridge University Press, pág. 62.

³⁰ Hay algunos crímenes de guerra donde es igualmente necesaria esta intención respecto de las consecuencias (por ejemplo en el caso de Artículo 8 2) b) vii) se requiere “que el autor haya sabido que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves a una o más personas”).

terrorismo son mucho más generales, pero también más restrictivos, requiriendo en todo caso que el autor intente también causar las consecuencias agravantes.

(e) Elemento adicional del terrorismo: el fin específico

Según la definición dada por Blakesley, el acto debe estar cometido "con el fin de coercionar o intimidar a un grupo específico, o a un gobierno, o para ganar de otra manera algún beneficio político, militar, filosófico o de otro tipo". Es esta finalidad que distingue al terrorismo de cualquier otra conducta criminal. Es la intimidación o *terrorización* de un grupo específico (en la mayoría de los casos, la población civil) lo que produce que una sociedad acepte medidas especiales tan fácilmente. Este fin constituye también un elemento subjetivo, en el sentido que se debe probar que el autor intentaba alcanzar tal fin. Pero es diferente del dolo por su independencia del elemento objetivo. Mientras que la intención se refiere directamente a la conducta ilícita y es por lo tanto accesoria, el fin puede existir también si el terrorista no ha cometido ninguna acción ilícita. Pero este fin tiene también consecuencias directas para la naturaleza de los actos: para tener el efecto máximo de coerción o intimidación, es importante atacar metas que tengan gran publicidad, para que los medios de comunicación dispersen el acto.³¹

(f) Elemento contextual: ¿guerra o paz?

La característica más distintiva de crímenes de guerra es, obviamente, que existe un conflicto armado pendiente, y que ellos tienen un nexo con ese conflicto. ¿Y el terrorismo? La definición no dice nada al respecto. Suponemos, por lo tanto, que la situación normal es la paz. Pero actos de terrorismo también pueden cometerse durante conflictos armados. No sólo el derecho internacional humanitario,³² sino también la TPIY prohíben la comisión de actos cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.³³ Muchos³⁴ mantienen que el llamado "war time terrorism" existe como otra especie de terrorismo de alta gravedad: se puede definir como el uso del terror para intimidar al enemigo, con la finalidad de obligarlo a rendirse; por ejemplo, bombardeando deliberadamente objetivos civiles para desmoralizar al enemigo. Ya que el fin es aterrorizar a la población civil, el autor intenta atacar el enemigo de la manera más impresionante, más arrolladora, más sangrienta, para maximizar el efecto terrorífico. Recordemos los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki³⁵ durante la Segunda Guerra Mundial, la destrucción de Guernica³⁶ durante la Guerra Civil Española, o el bombardeo de Dresden³⁷ al final de la Segunda Guerra Mundial, para tener una idea de cómo una guerra estratégica puede transformarse en actos premeditados de terror.³⁸ Este tipo de

³¹ Se podría argumentar que este elemento halla un paralelo en el Artículo 8 párr. 1 del Estatuto de Roma que dice que los actos "en particular" son crímenes de guerra si se cometen "como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes". A pesar de este texto, el término "en particular" (*particularly*) clarifica que eso no es un requisito formal. Si eso fuera una condición para criminalizar al autor, éste último podría defenderse simplemente estableciendo que su estado llevó adelante una política de acuerdo con el derecho internacional humanitario. Sin embargo, el plan, la política y la escala son factores que tienen que ser considerados por la fiscalía para determinar si se inician investigaciones contra un particular acusado. (Fenrick, William J. (1999) "Article 8 - War Crimes" in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*. Triffterer, Otto (ed). Baden-Baden, Nomos. 173-288, at p. 181).

³² Véase Artículo 51, para. 2 del Protocolo I; y Artículo 13, para. 2, del Protocolo II.

³³ TPIY Judgment, Galic (IT-98-29-T), Trial Chamber I, 5 December 2003, x 133, (Nieto Navia, J., dissenting).

³⁴ Véase, por ejemplo, BLAKESLEY, loc. cit., pág. 2 y siguientes, con más notas.

³⁵ Véase Frank, Richard B. (2001) *Downfall: The End of the Imperial Japanese Empire*. New York, Penguin.

³⁶ Véase Arias Ramos, Raúl. (2003) *El Apoyo Militar Alemán a Franco: La Legión Cóndor En La Guerra Civil*. Madrid, La Esfera de los Libros. El horror de este momento se resalta magníficamente en la obra maestra de Picasso "Guernica" (Reina Sofía, Madrid).

³⁷ Véase Taylor, Frederick. (2004) *Dresden: Tuesday, February 13, 1945* London, Bloomsbury Publishing.

³⁸ No cabe duda de que el efecto terrorífico de estos bombardeos fue intencional: En el caso de Japón, los Estados Unidos lanzaron folletos en ciudades japonesas diciendo:

terrorismo también cae bajo la definición propuesta por Blakesley, ya que se trata de violencia cometida de cualquiera manera (bombardeos) causando la muerte de muchos, lesiones graves de aún más individuos inocentes, con la intención de causar estas consecuencias, y con el fin de obligar al gobierno enemigo a rendirse.³⁹ Se concluye que el terrorismo puede tener lugar en tiempos de guerra, que puede servir incluso como método o estrategia de guerra. Pero, en este caso, el autor no es un delincuente "ordinario", es decir, una persona o un grupo civil, sino una persona oficial (por ejemplo, el presidente), o una entidad oficial (un gobierno). Ahora bien, la pregunta es si además de estos dos tipos – terrorismo en tiempos de paz cometido por civiles, y terrorismo en tiempos de guerra cometido por agentes oficiales – existe actualmente una tercera forma de terrorismo, un terrorismo cometido por un grupo o persona privados, que se califica como acto de guerra, porque *el acto mismo* parece más un acto de guerra que un acto criminal "normal". Pero la noción de "guerra" implica necesariamente que existe un enemigo. Lamentablemente, no sabemos quién es ese enemigo concretamente.⁴⁰ Considerar que el terrorismo islamista de hoy pertenece a este tercer tipo implica que es legítimo utilizar todos los medios disponibles al Estado, incluyendo las fuerzas armadas, para combatirlo. Pero hay dos argumentos en contra de esta tesis: (1) El enemigo no se puede definir claramente. Si no logramos definir mejor al enemigo que como "islamistas" o "mujahedines", el término es demasiado general como para identificar al grupo destinatario. Y no es posible conducir una guerra contra "no sabemos exactamente quién", salvo si queremos transformar a la sociedad entera en enemigos potenciales, lo que seguramente no es deseable. (2) El grupo "enemigo" no es un Estado, y, por lo tanto, no tiene obligación de cumplir con los tratados internacionales que regulan el comportamiento durante conflictos armados internacionales. Se podría suponer entonces que tiene que cumplir con las reglas que se aplican a conflictos armados internos. Pero estas reglas tampoco sirven, ya que su ámbito de aplicación está limitado a una cierta región, dentro de la cual tiene lugar el conflicto, mientras que el terrorismo internacional se caracteriza justamente por no conocer fronteras. Por lo tanto, el derecho internacional humanitario no se puede aplicar a los islamistas. Por otro lado, como individuos, sí tienen la obligación legal de observar las leyes, por lo menos del Estado donde actúan. En este aspecto, los yihadistas actúan fuera de la ley, y, ergo, como delincuentes. Por lo tanto, la única solución conforme con el estado de derecho sería tratarlos como tales.

2.3. Resumen preliminar

De las consideraciones anteriores concluimos que existen por lo menos las siguientes diferencias entre actos de terrorismo y crímenes de guerra:

- (1) La estructura de los dos es difícilmente comparable. Eso se debe al hecho de que los crímenes de guerra fueron definidos con el fin de penalizar actores en guerras

"We are in possession of the most destructive explosive ever devised by man. A single one of our newly developed atomic bombs is actually the equivalent in explosive power to what 2000 of our giant B-29s can carry on a single mission. This awful act is one for you to ponder and we solemnly assure you it is grimly accurate." (excerpt of leaflets dropped on 6 August 1945 on Japanese cities." (Cited after BLAKESLEY, loc. cit., at p. 3.) Respecto al bombardeo de Dresden, Churchill mismo admitió *"It seems to me that the moment has come when the question of bombing of German cities simply for the sake of increasing the terror, though under other pretexts, should be reviewed. (...) I feel the need for more precise concentration upon military objectives such as oil and communications behind the immediate battle-zone, rather than on mere acts of terror and wanton destruction, however impressive."* [Memorándum que Churchill enviara por telegrama al Gral. Ismay el 28 de marzo de 1945 para los comandantes británicos. Se puede encontrar una imagen del memorándum en: <http://en.wikipedia.org/wiki/Image:Dresden%2CChurchillletter.jpg> (visited on 13-06-07)].

³⁹ El único elemento que podría plantear problemas jurídicos es el de la justificación, por lo menos en los casos en que este terror se utilice para acortar una guerra, y así, de hecho, salvar la vida de aún más inocentes.

⁴⁰ Aspiramos a ilustrar esta cuestión en la segunda parte, analizando la situación jurídica actual frente al terrorismo, y, en particular, el papel del "derecho penal del enemigo".

convencionales frente a una corte internacional, mientras que el terrorismo fue definido con el fin de dar una definición "neutral y útil", en el contexto de una obra académica.

- (2) Los intereses protegidos son parecidos, pero no iguales. Mientras que en el caso de crímenes de guerra se diferencian las víctimas en términos bélicos ("civiles", "combatientes"), para el terrorismo se utilizan más bien términos morales ("inocente").
- (3) El terrorismo tiene un fin determinado y concreto (que es coaccionar o intimidar a un grupo específico) mientras que para la comisión de crímenes de guerra tal fin no es necesario.
- (4) Las conductas objetivas criminalizadas como crímenes de guerra están descritas de manera mucho más concreta y específica que en la definición de terrorismo de Blakesley. Eso tiene consecuencias significativas para el derecho penal – el ámbito de aplicación de crímenes de guerra parece dejar vacíos de impunidad, mientras que el de terrorismo viola los principios de certitud y de seguridad jurídica. Sin embargo, respecto de la naturaleza de las conductas criminalizadas, se admite que existen paralelos ostensibles.
- (5) El elemento subjetivo del terrorismo es definido globalmente para todo acto terrorista de la misma manera, mientras que el dolo requerido para los crímenes de guerra varía considerablemente, dependiendo de la conducta concreta. Además, para el terrorismo se necesita siempre una intención calificada, mientras que para los crímenes de guerra tal intención especial sólo se requiere bajo ciertas circunstancias objetivas.
- (6) Finalmente, los crímenes de guerra se desarrollan, *per definitionem*, en un ambiente de conflicto armado internacional o interno, mientras que los actos de terrorismo pueden tener lugar donde y cuando fuere.

Todas estas diferencias muestran que el terrorismo y los crímenes de guerra son dos conceptos legales muy distintos. Aunque es el ambiente (paz o guerra) lo que más obviamente los distingue, existen también diferencias notables en los elementos constitutivos. Por lo tanto, parece extremadamente problemático equipararlos.

3. Terrorismo, Guerra y Derecho Penal del Enemigo: Alemania

"Martial rule can never exist where the courts are open, and in the proper and unobstructed exercise of their jurisdiction"

Ex Parte Milligan⁴¹

3.1. La criatura de Jakobs

De las consideraciones expuestas hasta ahora se desprende que no admitimos la validez de la premisa que identifica el delito de terrorismo con una especie de crimen de guerra.

Sin embargo, llama la atención la paulatina introducción en los ordenamientos jurídicos de figuras, construcciones que, si bien destinados a ser utilizadas en tiempos de paz,⁴² evocan más bien un discurso propio de los conflictos armados. Nos referimos, por ejemplo, a legislaciones penales especiales, destinadas a combatir delitos en particular, considerados

⁴¹ 71 U.S. 2 (1866) pág. 127.

⁴² Ya que, convengamos que los códigos penales nacionales (incluidas sus leyes especiales complementarias) están destinados a regir en tiempos de paz.

especialmente peligrosos, o socialmente nocivos. Así, vale como ilustración no exhaustiva el lenguaje utilizado por las legislaciones sobre el tráfico y comercialización de drogas prohibidas, sobre el crimen organizado, sobre pornografía infantil y otros delitos sexuales, y, en la cúspide de esa caracterización, sobre el delito de terrorismo.

Al profesor Günther Jakobs le cabe el mérito de haber sistematizado las características salientes de lo que dio en llamar “derecho penal del enemigo” (en adelante, DPE): 1) adelantamiento de los umbrales de punibilidad incluso más allá de los límites de aquéllo que serían meros actos preparatorios respecto de otros delitos; 2) ninguna disminución de la punibilidad acorde con el mencionado adelantamiento de la barrera de los actos punibles; 3) por el contrario, un aumento desmesurado de las penas amenazadas; y 4) distintas desventajas para el reo en el plano procesal, por ejemplo: status de incomunicado, prisión preventiva más larga, mayores dificultades para acceder a la libertad condicionada, etc..

El DPE se aleja en su filosofía de base de los supuestos que informaban al derecho penal clásico. Fundamentalmente, lo que se abandona es la idea de una posible reinserción. El reo no ofrece los mínimos cognitivos indispensables para ser considerado ciudadano o, incluso, persona. Los términos en los que el Estado “dialoga” con este tipo de reo no son los mismos que los que utiliza para tratar a sus ciudadanos; son los que utiliza para amenazar a sus enemigos.⁴³ En el “paradigma del enemigo” se juzga al reo – basándose sobre su “inherente peligrosidad” –, en virtud de lo que es o de lo que se cree que es, más que por aquéllo que efectivamente ha cometido: La “amenaza” es el criterio central para la intervención penal. Se trata, en términos generales, de la consolidación paulatina del paradigma de la prevención como paradigma dominante en el sistema del derecho penal. “Del castigo como represión nace la reacción diferenciada como prevención: de la represión del injusto a la prevención del peligro”, subraya con acierto Wolfgang Naucke.⁴⁴ Hoy en día, ciertamente con gran velocidad, se consolida el paradigma de la prevención; se trata de una nueva manera, más sofisticada, del panoptismo social: el nuevo lenguaje del panóptico es el del enemigo.⁴⁵ Como lo expone Mireille Delmas-Marty en un artículo reciente, este nuevo paradigma “militarizante” toma tanto del derecho humanitario y de guerra como del derecho penal sólo aquéllo que le conviene, pero sin por ello crear un sistema coherente y completo. Citando a Francesco Palazzo,⁴⁶ continúa: el sistema penal entero se deforma o deconstruye, a la vez que el concepto de enemigo se expande. Cuando se niegan las garantías propias del derecho penal y del derecho internacional humanitario, tal deconstrucción supone el peligro de crear un “agujero negro” en el corazón del estado de derecho.⁴⁷

Contrariamente a lo que los críticos de Jakobs sostienen, su concepto de “enemigo” es un concepto normativo y no moral. El enemigo jakobiano puede recibir en cualquier momento una “carta de ciudadanía” que lo faculte a ser considerado como persona por parte del derecho. Si el derecho es considerado, en vez de un sistema de protección de bienes jurídicos,

⁴³ Jakobs, Günther. (2000) "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)" in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendenwende. Rückbesinnung und Ausblick*. Eser, Hassemer and Burkhardt (eds). Berlin, Beck, pág. 52.

⁴⁴ Naucke, Wolfgang. (1993) Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*(1), p.145.

⁴⁵ Ver Aponte, Alejandro. (2004) *Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*. (Resumen de su tesis doctoral „Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum ‘effizienten’ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien“). Baden-Baden, Nomos.

⁴⁶ Palazzo, Francesco. (2006) Contrasto al Terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali. *Questione Giustizia*, 666-686.

⁴⁷ Delmas-Marty, Mireille. (2007) The Paradigm of the War on Crime. Legitimizing Inhuman Treatment? *Journal of International Criminal Justice*(5), 584-598, pág. 586

como un estabilizador racional de expectativas sociales,⁴⁸ el enemigo, que se encuentra en el estado de naturaleza hobbesiano (o sea, fuera del contrato social), puede recuperar su calidad de ciudadano, portador de las garantías cognitivas mínimas para ser reconocido como igual, tan pronto como esté en condiciones de satisfacer aquellas expectativas que la comunidad deposita en él: es decir, de comportarse conforme a las normas. En cambio, un enemigo moral lo será por siempre. Esta clase de enemigo es la que prolifera en las legislaciones antiterroristas actuales: enemigos del derecho, de la democracia, de la seguridad y de las naciones civilizadas. Semánticamente, hablar de enemigo es, en otras palabras, hablar de guerra.⁴⁹ Sin embargo es la paz la condición fáctica, no sólo para la consolidación del Estado moderno, sino para el funcionamiento efectivo del derecho penal ordinario.⁵⁰ Además, como concluimos en la primera parte, es sobre todo en tiempos de paz (o como mínimo, de emergencia, pero raramente de guerra) donde debemos ubicar al terrorismo.

3.2. ¿Guerra o paz? Por qué es importante saber

Como ya lo adelantáramos en la introducción, nos proponemos describir someramente la situación imperante a este respecto en Alemania.

Al abordar la temática de la lucha contra el terrorismo, generalmente nos vemos confrontados a diferentes disyuntivas, según las áreas que vayamos tocando: seguridad vs. libertad, paz vs. guerra, delincuente común vs. combatiente, interior vs. exterior, o ejército vs. policía. La primera de las dicotomías mencionadas arriba es la disyuntiva por antonomasia que nos plantea el antiterrorismo. Sin embargo, y para no seguir abundando en un tópico de por sí ya suficientemente explorado antes, preferimos dedicarnos al segundo par.

No se trata de una cuestión menor el dilucidar si la situación que nos presenta la amenaza del terrorismo islamista actualmente, con sus ribetes de internacionalidad y transnacionalidad, representa un escenario bélico, o si se trata meramente de delitos muy graves. De la respuesta que le demos a esta pregunta dependerán las medidas que el **estado de derecho** esté autorizado a emplear en su combate y, fundamentalmente, el **tenor** de dicho combate. Por trillada, la discusión no está agotada todavía. Prueba de ello es un extenso artículo aparecido recientemente en el prestigioso semanario alemán *Der Spiegel*,⁵¹ donde el autor se explaya sobre la necesidad de reformar el estado de derecho tal como lo conocemos para poder responder adecuadamente a la amenaza del terrorismo islamista.

La constitución alemana de post-guerra es un documento de un carácter histórico insoslayable. Muchas de sus disposiciones son sólo comprensibles teniendo en cuenta la pesada herencia del Tercer Reich.⁵² Un ejemplo de ello es la distinción tajante entre seguridad interior y exterior: la primera, resorte exclusivo de la policía (fundamentalmente, de las policías de cada uno de los 16 *Länder*) y la segunda, tarea de las fuerzas armadas. La separación de tareas se desprende del juego de los artículos 35; 79 párr. 3; 87a; 91 párr. 2 y 143 *Grundgesetz* y la interpretación que de ellos hace el Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*). Esta separación es casi única en Europa occidental (la Europa de los 15). Solamente la constitución española ofrece en su texto una limitación estricta y

⁴⁸ Es decir, por ejemplo, que no mataré porque espero que mis congéneres tampoco me maten, y no porque piense que la Vida es un bien jurídico digno de protección.

⁴⁹ JAKOBS, loc. cit., pág. 53.

⁵⁰ APONTE, loc. cit.

⁵¹ Véase nota al pie nro. 1, págs. 18-33

⁵² Pero también del imperio guillermino y de la República de Weimar, en los que la intervención de las fuerzas armadas para controlar huelgas, manifestaciones, revueltas y revoluciones tuvo terribles consecuencias prácticas para los derechos de la contrapartida. Por eso la constitución pretende evitar que las fuerzas armadas puedan inmiscuirse en cuestiones de política interna o ser manipuladas por el poder político.

explícita similar a la alemana, prohibiendo la actuación de las fuerzas armadas en conflictos internos.⁵³

Quien no esté familiarizado con el sistema constitucional alemán difícilmente se dé cuenta de la ruptura que implica autorizar la intervención de las fuerzas armadas en situaciones de conflicto internas, sobre suelo alemán. Sin embargo, y a pesar de las normas constitucionales vigentes, la posibilidad de llamar a la acción al ejército o a la fuerza aérea se discute ahora mismo en Alemania.⁵⁴

¿Cuál es la razón de este giro copernicano? Sin duda, la magnitud de la amenaza. Tal como lo manifiesta Michael Ignatieff, munidos de armas químicas, atómicas o bacteriológicas, a los terroristas de hoy en día les basta con tener éxito una sola vez.⁵⁵ Es por ello que no nos asombra, por ejemplo, el intento – abortado una vez más por un tribunal constitucional vigilante –⁵⁶ de imponer una ley de seguridad aeronáutica inconstitucional: no sólo preveía ésta el abatimiento legítimo de una aeronave civil en un escenario similar al del 11-S– con el consiguiente desprecio por la vida de los pasajeros inocentes y su instrumentalización en un cálculo prohibido de “menos por más” – , sino que preveía además el empleo de aviones-caza militares para el papel de verdugos.

Los expertos intentan a más tardar desde el fatídico 11-S resolver el complicado rompecabezas que permita encontrar una salida constitucional para poder utilizar a las fuerzas armadas en un asunto de seguridad ¿interna?: el terrorismo internacional. Dejando de lado toda ingenuidad, cualquiera comprende que sería ridículo tratar de impresionar a un yihadista suicida con el código penal. Pero ¿es legítimo tratarlo directamente como combatiente hostil, como enemigo? Y si lo fuera, ¿cuáles serían las consecuencias, cuáles los límites del poder estatal?

De hecho, más que nada se trata de dilucidar estos límites. El paradigma liberal clásico que rige las relaciones entre Estado y ciudadano intenta siempre sujetar firmemente las riendas del monstruo necesario que es el Leviatán de Hobbes. Pero hay voces que advierten que la relación Estado-ciudadano ha cambiado a través de la historia, y que ahora, más que enfrentados, ambos son aliados. Cabría imaginar un escenario en el cual los ciudadanos (recordemos la dialéctica de Jakobs: “ciudadano” por oposición a “enemigo”) aflojaran un poco las riendas del monstruo, liberaran algo más de lo habitual su energía devastadora, justamente para protegerse de un mal mayor: la mismísima destrucción del Estado en manos de terroristas.

Si hablamos de una aparente confusión y del desdibujamiento de los límites entre paz y guerra, es evidente que debemos prestar especial atención al tratamiento dispensado al extranjero en las legislaciones tratadas. El derecho de extranjería es uno de los últimos

⁵³ Art. 8 y 104 de la constitución española. Sin embargo, la Guardia Civil, que sigue el modelo de la *Gendarmerie* francesa, continúa siendo – por razones históricas – parte de las fuerzas armadas, a pesar de que su función primordial es la garantía de la seguridad pública. En tiempos de Guerra está subordinada al ministerio de Defensa. Esto es considerado anticonstitucional por gran parte de la doctrina. Ver Martínez Soria, José. (2004) *Polizeiliche Verwendung der Streitkräfte. Möglichkeiten und Grenzen eines Einsatzes der Bundeswehr im Inneren*. *Deutsches Verwaltungsblatt* 119, 597-606, pág. 597.

⁵⁴ Para evitar una confusión frecuente: Cuando aviones militares de reconocimiento “Tornado” sobrevuelan p. ej. la sede de las reuniones del Grupo de los 8, lo hacen bajo la forma de un “pacto de asistencia” entre las fuerzas armadas y la policía (federal o estatal). Ello está expresamente permitido por la constitución (*Amtshilfe*, art. 35) cuando la policía – el órgano competente – no cuenta con los medios técnicos adecuados para cumplir su función.

⁵⁵ Ignatieff, Michael. (2004) *The lesser evil: political ethics in an age of terror*. Princeton Princeton University Press.

⁵⁶ BVerfG 15.Feb.2006 - 1 BvR 357/05: Nichtigkeit der Abschussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz

resabios del estado nacional territorial, un concepto actualmente en crisis debido a los procesos de europeización primero (a partir de los Tratados de Roma en la década del '50) y mundialización/globalización más tarde.

Históricamente, el extranjero es considerado un elemento desestabilizante y aglutinante a la vez. Desestabiliza porque coloca en tela de juicio el paradigma cultural de la sociedad anfitriona al poner de manifiesto la existencia de otro paradigma cultural posible y paralelo. Aglutina porque dispara mecanismos de identidad fuertemente enraizados en toda cultura, destinados a diferenciar entre “ellos” y “nosotros”.⁵⁷ “Ellos” carecen de lazos de fidelidad hacia la tierra de “nosotros”. “Ellos” son pasibles incluso de carecer de lazos de fidelidad hacia su propia tierra, a la que han abandonado. ¿Cómo confiar entonces en “ellos”, especialmente cuando “nosotros” y “nuestra” tierra/sociedad se encuentra en “guerra”, amenazada gravemente, como es el caso hoy en día del mundo occidental de cara al terrorismo islamista?

La hipótesis que nos guía es la siguiente: los derechos de los ciudadanos extranjeros y los asilados o personas en busca de asilo son menoscabados en comparación con la situación anterior al 11-S y ello a causa de la construcción de un vínculo entre los conceptos “terrorismo” y “extranjería” que nadie se preocupa por fundamentar fehacientemente, más allá de recalcar el hecho de que los presuntos autores de los atentados terroristas que sacudieron a los EE.UU. y a Europa (en Madrid y, en cierta medida, también en Londres y en el abortado intento de hacer volar un tren regional en la región de Koblenz, Alemania) eran extranjeros. Por el contrario, en lugar de categorías claras que justifiquen semejante tratamiento, se explota el miedo irracional y los prejuicios que, incluso mucho antes del 11-S y del 11-M, ya existían en contra de los extranjeros. Como ya lo dijera Sartre “el infierno son los otros”.

Es innegable que asistimos a la expansión del derecho penal; pero esa expansión paradójicamente desnaturaliza los fundamentos del derecho penal liberal: la integración y la prevención general/especial, la presunción de inocencia, la igualdad ante la ley, prohibición absoluta de la tortura, juicio justo, etc.. Hoy las normas penales sancionan conductas, que ni siquiera ponen en peligro directo bienes jurídicos,⁵⁸ con el solo propósito de poder poner en marcha un aceitado mecanismo de seguridad consistente en escuchas telefónicas, vigilancia por cámara, rastillaje electrónico de datos, tendiente a confirmar o rectificar la presunción de culpabilidad. La cúspide de estas posibles medidas es la prisión preventiva por tiempo indeterminado en *no man's land*, à la Guantánamo.

Y esta posibilidad, si bien nos parece ajena y confinada solamente a la histeria norteamericana, está más cerca de lo que pensamos. Veamos entonces algunos ejemplos de la intromisión del DPE en las legislaciones actuales del país estudiado.

3.3. Alemania y el DPE

⁵⁷ Ver Melossi, Dario. (2003) In a peaceful Life': Migration and the Crime of Modernity in Europe/Italy. *Punishment & Society* 5(4), 371-397 y Greenberg, Jeff, Simon, Linda, Pyszczynski, Tom and Solomon, Sheldon. (1995) Evidence of a Terror Management Function of Cultural Icons: The Effects of Mortality Salience on the Inappropriate Use of Cherished Cultural Symbols. *Personality & Social Psychology Bulletin*(21), 1221-1228.

⁵⁸ Como los artículos 129 a y b del código penal alemán que sancionan la mera pertenencia a una organización terrorista, independientemente de los actos que la persona haya cometido. El artículo 129 b va incluso más allá, penando la pertenencia a organizaciones terroristas en el extranjero.

La palabra clave para aproximarnos a la política antiterrorista alemana posterior al 11-S es “*Antiterrorpaket*”. Existen dos paquetes anti-terroristas: el primero de ellos fue sancionado por el Parlamento un mes después del atentado a las Torres Gemelas. El segundo, más conocido como Ley de Lucha contra el Terrorismo Internacional (*Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus*), contiene 23 artículos que enmiendan 17 leyes y 6 ordenanzas. Fue sancionado rápidamente en noviembre de 2001 para entrar en vigor a partir del primero de enero de 2001.

Algo que llama la atención al observar las medidas adoptadas por ambos paquetes, es la constante referencia a la necesidad de combatir la inmigración ilegal como forma de avanzar en la lucha contra el terrorismo internacional. Pero esta asociación de ideas algo arbitraria, no es privativa de Alemania: más bien, se desprende también de instrumentos europeos, como la regulación europea EURODAC, por ejemplo.

La 34^{ta} reforma al Código Penal alemán, comprendida en el segundo paquete (Strafgesetzbuch, en adelante StGB), tampoco es sólo una consecuencia directa de los atentados del 11-S. Por el contrario, cumple el propósito de adecuar la legislación nacional a una acción común de la UE⁵⁹ y de introducir los cambios sugeridos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof* – BGH).⁶⁰ Se incluyó un nuevo § 129b que también castiga la formación de asociaciones terroristas o criminales que actúen exclusivamente en el extranjero. Con ello va más allá todavía de la recomendación de la UE, que solamente se vinculaba a organizaciones en países miembro de la Unión. Sin embargo, para organizaciones ajenas a la UE, la persecución penal sólo comienza si se cometió un delito dentro del ámbito de aplicación del StGB, si el autor o la víctima fuesen de nacionalidad alemana o se encontraran en territorio alemán. El ministro federal de justicia dispone en este caso la investigación del hecho. Hay que comprender la introducción de esta norma también en el contexto de lo que se conoció mundialmente por entonces como “la conexión alemana” de los atentados del 11-S: los pilotos suicidas habrían recibido su instrucción aérea en ese país y al mismo tiempo serían estudiantes de la Universidad Tecnológica de Hamburgo. En la práctica es claro que el contenido de este tipo penal es más factible de afectar a ciudadanos extranjeros que a nacionales.

Dado que la norma del § 129b StGB remite al § 129a, resulta pertinente revisar las críticas que se le formularon a este párrafo introducido en 1976. Él constituye el núcleo del llamado “derecho penal alemán de protección del estado” (*Staatschutzstrafrecht*). El significado estadístico de la norma hasta ahora no se ha mostrado demasiado relevante.⁶¹ Su peso material reside, como en el caso del § 129, más bien en su carácter “simbólico”.⁶² Por el contrario, su importancia radica en ser norma de referencia de varias disposiciones procesales: §§ 100a nr. 1 c); 100c I nr. 2, 3 e); 103 I 2 del Código del Proceso Penal alemán (*Strafprozessordnung*, StPO), etc.. Fue el sustento desde los años ‘70 para un control policial sin fisuras, el vaciamiento de los derechos del acusado y la detención con status de incomunicado. En causas que tiene como objeto delitos de los §§ 129a o 129b StGB es más fácil impedir al abogado defensor ejercer su influencia en el proceso cuando existe la sospecha acuciante (*dringend verdächtig*) que éste abuse de su posición (§ 138a StPO). A través de la llamada

⁵⁹ 98/733/JAI: Acción común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. Diario Oficial nro. L 351 de 29/12/1998 pp. 1-3.

⁶⁰ BGHSt 30, 328, 329 y ss..

⁶¹ Al respecto ver BT-Drs. 11/1012, 11/2774, 11/6166 y 14/5522.

⁶² Hassemer, Winfried. (1989) Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 553-558, pág. 553 s.; Dencker, Friedrich. (1987) Kronzeuge, terroristische Vereinigung und rechtsstaatliche Strafgesetzbildung. *Kritische Justiz* 20, 36-53, pág. 50; Jung, Heike. (1987) Das Anti-Terror Gesetz. *Juristische Schulung*, 249-251, pág. 250.

Trennscheiberegung (“regla de la ventanilla”) se puede reducir el contacto epistolar y hasta las conversaciones entre el cliente con prisión preventiva y su abogado (§ 148 párrafo 2, segunda frase, y § 148a StPO). Como el propio BGH expresó en 1978,⁶³ § 129a crea conductas punibles que normalmente se considerarían hechos preparatorios: p. ej. pertenencia, apoyo y promoción de una organización terrorista. Desde el punto de vista de los agentes de persecución penal, la ventaja de este derecho penal de las organizaciones reside en el hecho de que la carga de la prueba se reduce considerablemente – en detrimento del acusado. A éste ya no se le debe demostrar la comisión de un delito determinado, sino sólo su pertenencia a una organización calificada de antemano como “terrorista”. Si bien la internalización de la persecución de organizaciones criminales podría hacer pensar en un aumento de la actividad en este sentido, la experiencia con el § 30b de la ley de drogas (*Betäubungsmittelgesetz* – BtMG) hace dudar de su posible efectividad. Este párrafo amplía el ámbito de aplicación del § 129 StGB hacia grupos que tengan como objeto la comercialización ilegal de drogas prohibidas y que no tengan asiento, o al menos no solamente, en Alemania.⁶⁴

El caso más célebre de aplicación del § 129 StGB es el de Mounir Al-Motassadeq, ciudadano de origen marroquí al que se le acusó de ayudar financieramente a los terroristas suicidas del 11-S y de ser cómplice de homicidio en más de tres mil casos en concurso con su pertenencia a una organización terrorista. El 19 de febrero de 2003 el Tribunal Superior del estado Hamburgo (*Hamburg Oberlandesgericht* – OLG Hamburgo) lo condenó a 15 años de prisión. Sin embargo el BGH anuló la sentencia el 4 de marzo de 2004 porque el *acquo* no había considerado declaraciones exculpantes de Ramzi Binalshib, detenido en Guantánamo a disposición de las autoridades norteamericanas, donde afirmaba que Motassadeq ignoraba todo lo referente al atentado de New York y Washington. EE.UU. se había negado a permitir un interrogatorio del testigo en el proceso alemán.⁶⁵ Motassadeq fue liberado poco tiempo más tarde. La OLG Hamburgo volvió a condenar a Motassadeq sólo por su pertenencia a Al-Qaeda a 7 años de prisión el 19 de agosto de 2005. Ambas partes, el fiscal y la defensa, interpusieron recurso ante el BGH. Mientras tanto Motassadeq permanecía con prisión preventiva. Ésta fue interrumpida el 7 de febrero de 2006 por decisión del BVerfG por considerar que no existía peligro de fuga, ya que el imputado venía satisfaciendo las condiciones que le habían sido impuestas para permanecer libre hasta que el BGH se pronunciara definitivamente sobre la cuestión. A pesar de todo, el gobierno de Hamburgo pensaba deportarlo cuando concluyera el proceso penal, incluso si fuese hallado inocente.⁶⁶ Entre tanto, el BGH se pronunció en noviembre de 2006 condenando a Motassadeq por pertenencia a una organización terrorista y complicidad en el asesinato múltiple, pero solamente de la tripulación y pasajeros de los vuelos implicados en el atentado del 11-S. La OLG Hamburgo le aplicó una pena de 15 años, siguiendo el pedido del Fiscal General. Los recursos interpuestos por la defensa ante el BGH y el BVerfG no prosperaron, con lo cual la sentencia quedó firme a partir del 11 de mayo de 2007. Sin embargo, en su reporte anual, Amnesty International denuncia el empleo de declaraciones utilizadas contra Motassadeq en el proceso, obtenidas en el extranjero y de las que no puede afirmarse que no lo hayan sido bajo tortura.⁶⁷ La defensa de Motassadeq advirtió que planteará una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo.

⁶³ BGHSt 28, p. 147 (148).

⁶⁴ Tröndle/Fischer. (2004) *Strafgesetzbuch*. Munich, Beck..

⁶⁵ Sentencia del BGH del 4 de marzo de 2004 – 3 StR 218/03.

⁶⁶ Udo Nagel (independiente), ministro del interior de Hamburgo declaró a la prensa que Motassadeq es “un islamista y un peligro para nuestra democracia” y por eso “si no fuera condenado, será deportado”. NDR Nachrichten Online de 8 febrero 2006, “Innensenator: Ausweisungsverfügung gegen Motassadeq bleibt bestehen” (<http://www1.ndr.de/nachrichten/hamburg/motassadeq28.html>, visitado el 9 agosto 2007).

⁶⁷ . (2007) “Amnesty International Report 2007 / China (online available at:

<http://thereport.amnesty.org/eng/Regions/Asia-Pacific/China>, visited on 10-07-07)”, amnesty international, pág. 123.

Quienes critican al § 129b StGB alegan que, en la práctica, en vez de ayudar a aprehender a los “cerebros” del 11-S, esta norma puede aplicársele a cualquier grupo armado del mundo, independientemente de si se trata de una resistencia legítima en contra de un régimen autoritario o verdaderamente de una agrupación terrorista. Además, produce aún menos sentencias que su antecesor, el § 129a. Las innumerables dificultades de recolección de prueba en el extranjero, mayores aún en *failed states* o países asolados por guerras civiles, donde no debe descartarse el empleo de la tortura en el marco de la investigación penal, deberían ser argumento suficiente para descartar esta medida. Todo haría suponer que la regla se orientará a la persecución de ciertas agrupaciones políticas extranjeras en forma más o menos arbitraria.⁶⁸

4. Conclusiones

La argumentación presentada en este artículo no nos deja demasiado espacio para la esperanza. Si bien mostramos que la tan mentada equiparación entre terrorismo y crímenes de guerra no resiste un análisis minucioso de la estructura, elementos y contexto en el que ambos conceptos se desarrollan (al menos teniendo en cuenta el estado actual de la discusión, es decir, que aún no existe una definición de terrorismo que goce de consenso internacional) presenciamos, por así decirlo, una equiparación *de facto*. El discurso y el paradigma imperantes son, efectivamente, de tenor bélico más que penal. Fundamentalmente son los estados los que sienten que el derecho criminal no alcanza, que no es la respuesta adecuada frente al terrorismo internacional. Por eso se recurre al empleo del monopolio de la fuerza de la manera más virulenta que el estado moderno conoce: la guerra.

Al mismo tiempo, aunque aceptáramos – a regañadientes – que se trata efectivamente de una guerra, siempre sería, en todo caso, una guerra no-convencional. Como ya lo mencionáramos más arriba, desconocemos al enemigo, y ése no es un detalle menor. Conducir una guerra contra estereotipos de aquéllo que pensamos que podría ser el enemigo, no es sólo socialmente perjudicial, sino inmoral.

Pero no olvidemos que la guerra también se rige de acuerdo con reglas. El legado normativo de las dos guerras mundiales nos recuerda que no todo vale, incluso en este escenario de violencia extrema. Por eso es todavía “mejor” desde el punto de vista de la agenda de seguridad, no ser demasiado claros acerca de cuál es el método, o el paradigma elegidos. De esta forma, como explica Delmas-Marty, la política antiterrorista se sirve de todos ellos sólo lo que le conviene para prevenir/reprimir/castigar, sin tomarse el trabajo de elaborar un sistema coherente que incluya garantías acordes con un estado de derecho liberal moderno.

Es gracias a esta lucha en todos los frentes, que el derecho penal ordinario se “contagia” y adquiere ribetes de DPE: su papel se degrada a mero instrumento de medidas policiales de prevención y control (escuchas, rastillaje electrónico, seguimientos, etc.). Dada esta situación, es sobre todo el ciudadano extranjero el que más debe temer intromisiones de este tipo en su esfera privada, ya que la situación de “guerra” lo sitúa como el candidato ideal para el papel de enemigo. En una sociedad donde imperara el derecho penal clásico, eso no sucedería.

Las consecuencias que estos desarrollos pueden tener para nuestra sociedad son funestos: desconfianza, alienación de las minorías étnicas, desprestigio del multiculturalismo (otrora

⁶⁸ En este sentido, ver por ejemplo Maurer, Albrecht. (2001) "§ 129b und Kronzeugenregelung" in *Bürgerrechte & Polizei/CILIP* (acesible online: <http://www.cilip.de/ausgabe/70/129b.htm>, visitado el 9 agosto 2007).

orgullo de las sociedades europeas, hoy visto como amenaza para el progreso), “ghettoización”, exclusión, espiral de violencia, etc.. Por eso, y atendiendo a las razones expuestas en el presente artículo, sostenemos que resulta imperioso comenzar a tratar a los (presuntos) terroristas como lo que verdaderamente son: meros delincuentes. Sumamente peligrosos, pero delincuentes al fin.

Anexo I:

Artículo 8 2) del Estatuto de Roma:

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:
 - i) El homicidio intencional;
 - ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
 - iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
 - iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
 - v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;
 - vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;
 - vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal;
 - viii) La toma de rehenes;
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
 - i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;
 - ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;
 - iii) Dirigir intencionalmente 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, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
 - iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;
 - v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;
 - vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;
 - vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;
 - viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;
 - ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;
 - x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
 - xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

- xii) Declarar que no se dará cuartel;
 - xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;
 - xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;
 - xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;
 - xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
 - xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;
 - xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;
 - xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;
 - 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 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;
 - xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;
 - xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;
 - xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
 - xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;
 - xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;
- c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra 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:
- i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
 - ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - iii) La toma de rehenes;
 - iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.
- d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de

disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente 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, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;

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 las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. 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."

Anexo II:

Elementos constitutivos de la definición del terrorismo de Blakesley:

- (1) violencia cometida de cualquiera manera (*violence committed by any means*)
- (2) causando la muerte, lesiones graves, o daños graves a la propiedad (*causing death, great bodily harm, or serious property damage*)
- (3) de individuos inocentes (*to innocent individuals*)
- (4) con la intención o desprecio consciente de causar estas consecuencias (*with the intent to cause those consequences or with wanton disregard for those consequences*)
- (5) con el fin de coaccionar o intimidar a un grupo específico, o a un gobierno, o para ganar de otra manera algún beneficio político, militar, filosófico o de otro tipo (*for the purposes of coercing or intimidating some specific group, or government, or otherwise to gain some perceived political, military, or other philosophical benefit*)

((Blakesley, 2006), pág. 46 y 50.)

BIBLIOGRAFÍA:

- (2007) "AMNESTY INTERNATIONAL REPORT 2007 / CHINA (ONLINE AVAILABLE AT: [HTTP://THEREPORT.AMNESTY.ORG/ENG/REGIONS/ASIA-PACIFIC/CHINA](http://thereport.amnesty.org/eng/regions/asia-pacific/china), VISITED ON 10-07-07)", AMNESTY INTERNATIONAL
- ABI-SAAB, GEORGES ET ROSEMARY. (2000) " LES CRIMES DE GUERRE" IN *DROIT INTERNATIONAL PÉNAL, CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL DE L'UNIVERSITÉ PARIS X-NANTERRE (CEDIN PARIS X)*. ASCENSIO, HERVÉ, DECAUX, EMMANUEL AND PELLET, ALAIN (EDS). PARIS, ÉDITIONS A. PEDONE
- APONTE, ALEJANDRO. (2004) *DERECHO PENAL DE ENEMIGO VS. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO. GÜNTHER JAKOBS Y LOS AVATARES DE UN DERECHO PENAL DE LA ENEMISTAD*". (RESUMEN DE SU TESIS DOCTORAL „KRIEG UND FEINDSTRAFRECHT. ÜBERLEGUNGEN ZUM 'EFFIZIENTEN' FEINDSTRAFRECHT ANHAND DER SITUATION IN KOLUMBIEN“). BADEN-BADEN, NOMOS
- ARIAS RAMOS, RAÚL. (2003) *EL APOYO MILITAR ALEMÁN A FRANCO: LA LEGIÓN CÓNDOR EN LA GUERA CIVIL*. MADRID, LA ESFERA DE LOS LIBROS
- BLAKESLEY, CHRISTOPHER L. (2006) *TERROR AND ANTI-TERRORISM - A NORMATIVE AND PRACTICAL ASSESSMENT*. NEW YORK, TRANSNATIONAL PUBLISHERS, INC.
- BOTHE, MICHAEL. (2002) "WAR CRIMES" IN *THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY*. CASSESE, ANTONIO, GAETA, PAOLA AND JONES, JOHN R. W. D. (EDS). NEW YORK, OXFORD UNIVERSITY PRESS. 379-426
- CASSESE, ANTONIO. (2003) *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*. OXFORD, NEW YORK, OXFORD UNIVERSITY PRESS
- DARNSTÄDT, THOMAS. (2007) "IM VORFELD DES BÖSEN" IN *DER SPIEGEL*. 18-30
- DELMAS-MARTY, MIREILLE. (2007) THE PARADIGM OF THE WAR ON CRIME. LEGITIMATING INHUMAN TREATMENT? *JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE*(5), 584-598
- DENCKER, FRIEDRICH. (1987) KRONZEUGE, TERRORISTISCHE VEREINIGUNG UND RECHTSSTAATLICHE STRAFGESETZGEBUNG. *KRITISCHE JUSTIZ* 20, 36-53
- DÖRMANN, KNUT. (2002) *ELEMENTS OF WAR CRIMES UNDER THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, SOURCES AND COMMENTARY*. CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS
- FENRICK, WILLIAM J. (1999) "ARTICLE 8 - WAR CRIMES" IN *COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. OBSERVERS' NOTES, ARTICLE BY ARTICLE*. TRIFFTERER, OTTO (ED). BADEN-BADEN, NOMOS. 173-288
- FRANK, RICHARD B. (2001) *DOWNFALL: THE END OF THE IMPERIAL JAPANESE EMPIRE*. NEW YORK, PENGUIN
- GREENBERG, JEFF, SIMON, LINDA, PYSZCZYNSKI, TOM AND SOLOMON, SHELDON. (1995) EVIDENCE OF A TERROR MANAGEMENT FUNCTION OF CULTURAL ICONS: THE EFFECTS OF MORTALITY SALIENCE ON THE INAPPROPRIATE USE OF CHERISHED CULTURAL SYMBOLS. *PERSONALITY & SOCIAL PSYCHOLOGY BULLETIN*(21), 1221-1228
- HASSEMER, WINFRIED. (1989) SYMBOLISCHES STRAFRECHT UND RECHTSGÜTERSCHUTZ. *NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT*, 553-558
- IGNATIEFF, MICHAEL. (2004) *THE LESSER EVIL: POLITICAL ETHICS IN AN AGE OF TERROR*. PRINCETON PRINCETON UNIVERSITY PRESS
- JAKOBS, GÜNTHER. (2000) "DAS SELBSTVERSTÄNDNIS DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT VOR DEN HERAUSFORDERUNGEN DER GEGENWART (KOMMENTAR)" IN *DIE DEUTSCHE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT VOR DER JAHRTAUSENDENWENDE. RÜCKBESINNUNG UND AUSBLICK*. ESER, HASSEMER AND BURKHARDT (EDS). BERLIN, BECK
- JUNG, HEIKE. (1987) DAS ANTI-TERROR GESETZ. *JURISTISCHE SCHULUNG*, 249-251
- LEVIE, HOWARD S. (1992) *TERRORISM IN WAR. THE LAW OF WAR CRIMES*. NEW YORK, OCEANA PUBLICATIONS

MARTÍNEZ SORIA, JOSÉ. (2004) POLIZEILICHE VERWENDUNG DER STREITKRÄFTE. MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN EINES EINSATZES DER BUNDESWEHR IM INNEREN. *DEUTSCHES VERWALTUNGSBLATT* 119, 597-606

MAURER, ALBRECHT. (2001) "§ 129B UND KRONZEUGENREGELUNG" IN *BÜRGERRECHTE & POLIZEI/CILIP* (ACESIBLE ONLINE: [HTTP://WWW.CILIP.DE/AUSGABE/70/129B.HTM](http://www.cilip.de/ausgabe/70/129b.htm), VISITADO EL 9 AGOSTO 2007)

MELOSSI, DARIO. (2003) IN A PEACEFUL LIFE': MIGRATION AND THE CRIME OF MODERNITY IN EUROPE/ITALY. *PUNISHMENT & SOCIETY* 5(4), 371-397

NAUCKE, WOLFGANG. (1993) SCHWERPUNKTVERLAGERUNGEN IM STRAFRECHT. *KRITISCHE VIERTELJAHRESSCHRIFT FÜR GESETZGEBUNG UND RECHTSWISSENSCHAFT*(1)

PALAZZO, FRANCESCO. (2006) CONTRASTO AL TERRORISMO, DIRITTO PENALE DEL NEMICO E PRINCIPI FONDAMENTALI. *QUESTIONE GIUSTIZIA*, 666-686

SCHABAS, WILLIAM. (2004) *AN INTRODUCTION TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*. SECOND ED. CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS

SCHMID, ALEX P AND JONGMAN, ALBERT I. (1988) *POLITICAL TERRORISM. A NEW GUIDE TO ACTORS, AUTHORS, CONCEPTS, DATA BASES, THEORIES AND LITERATURE*. AMSTERDAM, AND NEW BRUNSWICK, SOCIAAL-WETENSCHAPPELIJK INFORMATIE- EN DOCUMENTATIECENTRUM (SWIDOC), AND TRANSACTION BOOKS

TAYLOR, FREDERICK. (2004) *DRESDEN: TUESDAY, FEBRUARY 13, 1945* LONDON, BLOOMSBURY PUBLISHING

TRÖNDLE/FISCHER. (2004) *STRAFGESETZBUCH*. MUNICH, BECK

WERLE, GERHARD. (2005) *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*. THE HAGUE, T.M. C. ASSER PRESS