

Guillermo Portilla Contreras

Terroristas como no-personas del Derecho

¿Es delito la tortura de presuntos terroristas?

Hay sentencias que nos recuerdan que existen espacios biopolíticos en los que el poder administra la libertad, excluyéndola, al igual que en aquellos tiempos en los que el poder politizaba la vida, suprimiéndola. La estructura de la excepción –áreas en las que desaparece el Derecho- es el símbolo de la política occidental real, una estructura en la que no es la excepción la que se sustrae a la regla sino la regla la que, suspendiéndose, da lugar a la excepción.

Esta reflexión viene a colación porque el Tribunal Militar Territorial Primero revocó en octubre de 2014 el auto de procesamiento dictado por el Juzgado Togado nº 11, contra cinco militares españoles por un delito de torturas.

Los hechos reconocidos por el Tribunal son los siguientes: en el año 2004, en el periodo comprendido entre el 22 de enero hasta el 11 de febrero, en el Centro de Detención de la Base España, Diwaniyah (Irak), durante la noche, un grupo de militares españoles, de los que únicamente se han podido identificar a cinco, pertenecientes a la Primera Sección de la Compañía “Alejandro Farnesio 4ª de la Legión- Ronda-, integrada en el Grupo Táctico «EXTREMADURA” de la Brigada Plus Ultra II, acudieron en grupo a una de las celdas de la citada dependencia, compartida en ese momento por dos detenidos, de los que hasta el momento se desconoce su identidad, con el propósito de humillarlos como respuesta a algunos atentados. Una vez en la celda, los militares golpearon de forma repetida e insistente el cuerpo y la cabeza de los detenidos. Todos estos hechos fueron grabados por uno de los militares asistentes mientras otros observaban la práctica de la tortura.

Sin cuestionar la existencia de unas agresiones que habrá que ubicar y tipificar ulteriormente entre los distintos tipos penales existentes, el Tribunal confiesa una “incertidumbre razonable” sobre la aplicación o no de los Convenios de Ginebra a los detenidos. Esto es, según los magistrados, en el supuesto de que los detenidos fueran terroristas, no podría aplicarse el tercer Convenio de Ginebra, dedicado exclusivamente a prisioneros de guerra, y tampoco el cuarto Convenio de Ginebra, que protege al personal civil, a personas especialmente protegidas.

La sentencia que se analiza está plagada de incorrecciones. La primera reside en que el Tribunal Militar estima que los detenidos, no identificados, son terroristas. Sin embargo, la calificación de alguien como terrorista debe ser el resultado de un procedimiento penal en el que se demuestra que el sujeto está integrado en una estructura jerarquizada, armada, financiada, y que cometió el delito con la finalidad de subvertir el orden constitucional. Como tal proceso no se ha llegado a realizar, entre otros motivos, porque se desconoce la identidad de los sospechosos al no hallarse el libro en el que eran registrados los detenidos, no se puede hablar de terroristas sino, en todo caso, de presuntos terroristas.

De aceptarse la hipótesis indemostrable consistente en que los detenidos eran “presuntos” terroristas, entonces hay que averiguar si es cierto, tal como afirma el Tribunal, que no le son aplicables las garantías de las Convenciones de Ginebra.

De la lectura del tercer Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, en vigor desde el 21 de octubre de 1950, puede concluirse que los detenidos iraquíes torturados eran prisioneros de guerra. El artículo 2 sustenta que el Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra (España). Además, probablemente los detenidos estaban insertos en alguna de las categorías que el artículo 4 identifica como prisioneros de guerra: miembros de las fuerzas armadas, miembros de las milicias de estas fuerzas armadas, miembros de otras milicias, miembros de voluntarios del Cuerpo incluidos los de movimientos de resistencia organizada, miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora.

Ahora bien, supongamos por un momento que no puede demostrarse que los detenidos pertenecen a ninguno de esos grupos clasificados como prisioneros guerra. En ese supuesto debería aplicarse el artículo 5, que especifica que si hay alguna duda sobre la cualidad de prisionero de guerra del combatiente, éste **“debe ser tratado como tal hasta que su estado haya sido determinado por un tribunal competente”**. En definitiva, hasta que no se demuestre judicialmente que se trata de terroristas tienen que ser considerados prisioneros de guerra. Por tanto, el Estado asume la responsabilidad de su cuidado, es garante de la integridad y dignidad de los detenidos (art. 12), debiendo tratarlos **“humanamente”**. De otro lado, se considera como ilícito grave contra el Convenio cualquier acción u omisión que suponga un atentado a la salud del prisionero, estando prohibida cualquier clase de violencia o intimidación contra ellos (arts. 12 y 13).

Pero, supongamos por un momento que el Tribunal tiene razón, que no son prisioneros de guerra. De ser así, al descartarse tal posibilidad, debería analizarse si se trata o no de personas protegidas por el cuarto Convenio de Ginebra.

El artículo 4 del cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, define a las personas protegidas, aclarando que no se protege a los súbditos de un Estado que no sea Parte en él. En ese sentido, hay que aclarar que Irak ratificó la convención en 1950 y, en consecuencia, sus ciudadanos están absolutamente protegidos.

No obstante, el Convenio realiza una excepción, hay personas que no quedan amparadas por los derechos y privilegios de Convenio cuando **existen serias razones para pensar que esa persona protegida resulta fundadamente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales** para la seguridad del Estado o se demuestra que se dedica de hecho a tales actividades (art. 5). Como en el caso que se analiza, a juicio del Tribunal, los detenidos eran presuntos terroristas, se interpreta que estarían poniendo en peligro la seguridad del Estado y, por ende, no gozan de los derechos que reconoce la Convención.

¿Significa eso que tiene razón el Tribunal cuando excluye a los terroristas de la consideración de personas protegidas sin las garantías del Convenio? Rotundamente no, bien es cierto que la

Convención elimina la condición de persona protegida ante la sospecha de que se pone en peligro la seguridad del Estado. Sin embargo, ello no supone que automáticamente el sujeto pierda todas las garantías, que se le pueda torturar impunemente. Por el contrario, el tercer párrafo del artículo 5 (que sorprendentemente ha olvidado el Tribunal) especifica que en tales situaciones estas personas siempre serán tratadas con humanidad y, en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un juicio equitativo y legítimo. De hecho, aunque se refiere a personas protegidas, el artículo 32 prohíbe la práctica de la tortura y el 37 subraya que los detenidos o privados de libertad serán tratados con humanidad.

En conclusión, tras repasar la tercera y cuarta Convención de Ginebra, en ningún caso, da igual que sean prisioneros de guerra, personas especialmente protegidas, o “terroristas” presuntos, personas que representan un peligro para la Seguridad del Estado, está justificada la tortura ya que todos ellos, sin distinción, tienen derecho a ser tratados dignamente. Debe recordarse que la prohibición de la tortura es absoluta, llegando a interpretar el TEDH que queda proscrita aunque esté en peligro la democracia.

Una vez demostrado cómo las Convenciones de Ginebra protegen a los detenidos presuntos terroristas, restaría por determinar cuál es la jurisdicción aplicable: militar u ordinaria y si se trata de actos en el desarrollo de un conflicto armado o no. En consecuencia, la única duda es si debe aplicarse el artículo 609 o el 174 del Código penal ordinario o el artículo 76 del Código penal militar. Al tratarse de la vulneración de los derechos humanos debe aplicarse la justicia ordinaria (con el inconveniente de los plazos de prescripción). Al respecto, la Comisión de Derechos humanos de Naciones Unidas ha publicado Conjunto de principios actualizado para la actuación y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. El artículo 29 establece que la competencia de los Tribunales militares queda reducida a infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, excluyendo las violaciones de los derechos humanos. Una vez, seleccionada la jurisdicción ordinaria, al estar vinculadas las agresiones a acciones de guerra, debería aplicarse el artículo 609, “el que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate... a cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos..., será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años sin perjuicio de la pena por los resultados lesivos producidos”. Que se trata de torturas realizadas en una fase de acción de guerra queda acreditado por el propio Tribunal Militar al reconocer, por un lado, que el envío de tropas por el Gobierno es un acto político independiente de la opinión que tenga el Tribunal sobre si es o no un acto de guerra y, por otro, al admitir que en casos semejantes diversos Tribunales administrativos han concedido las medallas de excombatientes a los militares.

Como puede comprobarse existe un paralelismo entre esta sentencia y el método empleado por la Administración norteamericana en el campo de concentración de Guantánamo. Si los “terroristas” tienen la condición de combatientes ilegales (no pertenecen a un ejército ni responden a una cadena de mando militar) no son soldados, tampoco personal civil por lo que no serían aplicables las Convenciones de Ginebra. Junto a este argumento el gabinete jurídico de Bush consideró que la Convención de Ginebra sólo se aplicaba a los Estados y no a grupos como *Al Qaeda*. De este modo, se configura un nuevo *homo sacer*, el “detenido” en Guantánamo mientras que se instituye la tortura como técnica de control, acercando la hipótesis de la confusión entre la actuación policial y la guerra.

Guantánamo se ha convertido ya en un símbolo de la excepcionalidad permanente que

representa la suspensión generalizada del derecho. El descubrimiento en el interior de Guantánamo de una prisión secreta, organizada por la CIA para determinados sospechosos, es el exponente máximo de dicho símbolo: supone posibilitar la suspensión del no-derecho en el interior de una estructura de ilegalidad perpetua. A los “detenidos” en Guantánamo se les está aplicando la *Orden militar de 13 de noviembre de 2001*, que, permite que los detenidos lo estén de forma indefinida sin cargos y que sólo sean juzgados por una Comisión militar. Además, es constante la práctica de técnicas de interrogatorio que vulneran el derecho a no ser torturado ni padecer tratos inhumanos o degradantes: aislamiento de treinta días, mantenerse de pie hasta cuatro horas, privación de luz y estímulos sensoriales, interrogatorios de hasta veinte horas, avivar fobias individuales, uso de perros, exposición a temperaturas altísimas, privación del sueño durante varios días, etc. Por otra parte, se lesiona el derecho a las creencias religiosas mediante actos de intolerancia en los que se utiliza el Corán. En definitiva, se vulneran determinados preceptos del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (artículos 9, 14, 7), así como los artículos 12, 13, 16 de la Convención contra la tortura (Comisión de Derechos Humanos. Situación de los detenidos en Guantánamo. E/CN.4/2006/120).

Sin embargo, la creación de este híbrido jurídico ha sido rechazada por diversas decisiones judiciales, siendo la Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU de 28 de junio de 2004, la primera que condenó la posibilidad de detener indefinidamente a los “combatientes ilegales”, dejarlos sin contacto con el exterior y carentes de asistencia letrada. Se argumenta que, incluso en estado de guerra, cualquier detención gubernativa podrá ser objeto de revisión legal por un tribunal de carácter neutral. Sin embargo, el resultado final de esta demanda se convirtió en otra pantomima. Se creó un Tribunal de Revisión (integrado por tres militares) de la condición de combatiente enemigo y dado que el procedimiento es de carácter administrativo, los detenidos carecen de determinadas garantías procesales: no tienen derecho a la presunción de inocencia, se invierte la carga de la prueba -son ellos los que deben demostrar su desvinculación con el terrorismo internacional- y tampoco pueden disponer de la asistencia de abogados elegidos libremente, sino de personas seleccionadas previamente por el Gobierno.

Retomando la sentencia del Tribunal Militar Territorial en la que se defiende la idea de que si los detenidos son terroristas el derecho desaparece, es un ejemplo más de cómo la creación de espacios cerrados en los que se produce el abandono del derecho no es ahora una excepción sino la forma habitual de establecer las relaciones jurídicas. Bien es cierto que, posiblemente, como advierte AGAMBEN, la excepcionalidad siempre fue la regla de la modernidad, que el paradigma democrático nunca fue otro que el “campo de concentración”. Los campos de concentración de Guantánamo, las cárceles y vuelos secretos de la CIA, los centros de tortura en Irak, etc., son los lugares elegidos en la posmodernidad para suspender el derecho, las garantías jurídicas, el sitio en el que la violencia fundadora del no-derecho se transforma en una contraviolencia preventiva legalizada. Una excepcionalidad trascendida de un derecho que se suspende a sí mismo cuando el “*príncipe*” decide la existencia de un peligro para la conservación del Estado.

Si sorprende la existencia de una legislación que anula constantemente las garantías, aún resulta más asombroso encontrar un sustento jurisprudencial y doctrinal que avala -no sólo reconoce- la existencia de un Derecho garantístico para *personas* y otro, sin los clásicos derechos, para las *no-personas*.

En los últimos años, se observa una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del “enemigo”, en una legislación de guerra, intenta legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías, la flexibilización de los principios procesales, que han contribuido a la defensa de la persona: el principio de presunción de inocencia, el fundamento de un proceso legal, el principio *nemo-tenetur*, el derecho a un proceso justo etc..

Uno de los grandes artífices de esta totalitaria construcción doctrinal, JAKOBS, se planteó la interrogante de si puede llevarse a cabo una guerra contra el terrorismo con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Su respuesta fue contundente, un Estado de Derecho no puede responder adecuadamente a esos riesgos porque ello le obligaría a tratar a sus enemigos como personas y no como fuentes de peligro. Por esa razón, este autor aboga, no por un Estado de Derecho perfecto sino por un Estado de Derecho óptimo en la práctica, esto es, un Estado que tenga la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos a los que retira la condición de personas. En uno de sus últimos trabajos, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, G. JAKOBS admite que el Estado no tiene por qué poner en juego negligentemente su configuración y que la renuncia a instrumentos como los agentes encubiertos, las escuchas ilegales y otros similares, puede favorecer que se vacíe de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad, y “este derecho a la seguridad sólo es otra denominación del derecho al estado de vigencia real del Derecho”. Cfr. “¿Terroristas como personas en Derecho?”,

En el contexto del enemigo, JAKOBS sugiere que la lucha debe ubicarse fuera del marco constitucional ya que, en esos casos, no puede afirmarse que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan sólo un postulado de realización: esto es, rige el estado de naturaleza y ahí no hay reglas. Esto le conduce a cuestionar la reacción penal frente al terrorista (alude expresamente al atentado del 11 de septiembre de 2001) que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persigue la destrucción del orden; dado que el terrorista no garantiza una expectativa de conducta personal, si no se quiere privar al Derecho penal del ciudadano de “sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho”, debería llamarse Derecho penal del enemigo a lo que “*hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir*”; en consecuencia, se haga lo que se haga en la lucha contra el terrorismo, no hay nada ilegítimo. Y no cabe duda que así lo mantiene: afirma que contra los autores de vulneraciones de los derechos humanos “quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas” hay que concebir “todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito “comunitario-legal” -“la creación de un orden del derecho a mantener un orden”-, pues no se trata de personas culpables sino de “enemigos peligrosos”; por ello objeta el que se mantenga posteriormente con el infractor, una vez capturado, “la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos”, esto es, un uso del Derecho de ciudadanos, una devolución ficticia de su condición de persona. Resulta inquietante esta última reflexión de JAKOBS sobre la vigencia global de los derechos humanos ante los supuestos de vulneraciones terroristas; en cierta medida, nos recuerda a las imputaciones que C. SCHMITT realizaba a la teoría de los derechos humanos y al concepto de humanidad, en el sentido de que la cláusula de los crímenes contra la humanidad era sólo la más general de las cláusulas para el exterminio del enemigo.

A la par, coincide en la propuesta de esbozar la tortura de terroristas en el marco del estado de naturaleza, WALZER. Este autor se opone a los juicios civiles y alega la necesidad de tribunales militares ya que “los requisitos de las pruebas podrían relajarse y los juicios se celebrarían en

secreto”. Además, en la lucha contra el terrorismo, propugna el uso de acciones encubiertas o el asesinato de dirigentes políticos, distinguiendo entre *combatiente* y *no combatiente*, aunque ello resulte prohibido por el derecho internacional, pues, afirma, nadie dudaría de la justicia de la muerte de un Hitler.

Para “combatir” el terrorismo, este autor ha llegado al extremo de justificar la estrategia de los ataques selectivos porque, a su juicio, no parece moralmente injusto capturar o incluso matar a los militantes de Al Qaeda (este comentario lo realizó antes del asesinato de Bin Laden). Eso sí, cree conveniente establecer dos límites: por un lado, una labor de identificación de los objetivos muy cuidadosa, y, por otro, la minimización de los daños colaterales. Una tesis que es la que actualmente define la política norteamericana de operaciones encubiertas de los servicios militares: en ese sentido, Bush ordenó a los comandos secretos realizar acciones encubiertas contra presuntos objetivos terroristas al margen del control de la CIA. Entre las técnicas basadas en la rapidez y el secretismo, se utilizan los agentes militares infiltrados, agentes provocadores, expertos en interrogatorios, mercenarios, escuadrones de la muerte, etc. Se trata de un aumento de competencias del Pentágono en detrimento de la CIA, debido a las restricciones legales de ésta última.

No obstante, WALZER reconoce que el precio a pagar sería el de la legitimidad de tales recursos, pero, en la guerra contra el terrorismo, lo prioritario es la seguridad del Estado, esto es, mirar hacia delante y prevenir, y no mirar hacia atrás y castigar.

Para finalizar, se ha podido comprobar, al hilo del análisis de la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero y de la obra de algunos autores, cómo se ha legitimado el violento reingreso de la teoría del estado de excepción schmittiana, del concepto de enemigo injusto y la guerra justa como manifestación primigenia de un Derecho penal que, de ese modo, se militariza. Se justifica la existencia de no-personas para el derecho, la permisividad de la tortura practicada en el estado de naturaleza, un escenario en el que todo es válido contra el enemigo en la búsqueda de la seguridad cognitiva de los “ciudadanos”. En definitiva, se ha generado la cobertura perfecta al regreso del *decisionismo soberano*.

[El autor es catedrático de derecho penal de la Universidad de Jaen. Noviembre 2014]