

Normas y discursos

Los conflictos armados y el derecho penal antes y después del 11-S

Roger Campione e Ana Aldave Orzaiz

Abstract: In this paper we will analyze several aspects of the ‘war on terror’ by comparing the classic legal war-paradigm with the security policies that have been activated after 9/11. Taking certain cornerstones of *ius publicum europaeum* as our starting point (such as the distinction between enemy and criminal or the principle of equality between enemies), we will try to show how the current restoration of the ‘just war doctrine’ is increasing the confusion between international responsibility and criminal liability, thereby blurring the distinction between *ius ad bellum* and *ius in bello*. However, in our view, the reasons put forward to support these “new wars”, far from being new, have on the contrary legitimated a way back to discursive and normative mechanisms that justify war with medieval arguments.

[**Keywords:** *ius ad bellum/ius in bello*, war on terror, just war, security, preventive defense]

Y observándolo así hallarás fácilmente que el legislador de los cretenses dispuso todas nuestras instituciones legales, en lo público y en lo privado, mirando a la guerra (...)
Platón, *Las leyes*, Libro I, 625e

La definición de las reglas de la guerra

En los albores de la época moderna, la reconstrucción de la convivencia internacional en Europa, tras el descubrimiento del Nuevo Mundo y la extensión de la Reforma Protestante, tuvo que pasar necesariamente por la rearticulación de las formas de la guerra. Incluso, la propia formación del Estado nacional estaría intrínsecamente ligada a la actividad bélica¹. En el orden político-jurídico surgido de la paz de Westfalia la política internacional se organizó esencialmente como política inter-estatal y, en esta equiparación, el de soberanía se impuso como principio fundamental y constitucional de

¹ Ch. Tilly, *Coerción, capital y los estados europeos (990-1990)*, Madrid, Alianza, 1992. La adquisición, el desarrollo y el empleo de la fuerza militar, especialmente en las guerras internacionales, habrían marcado la evolución no solo política, sino también financiera, de los Estados europeos durante la modernidad. La escalada económica y tecnológica provocada por la competición coercitiva entre los países europeos se reconoce en la espiral paradójica del refrán realista *si vis pacem para bellum*, como ya decía Vegecio en el siglo IV: un Estado, para garantizar su propia seguridad, se prepara para hacer frente al potencial militar de los países vecinos los cuales, a causa de la creciente inseguridad que esto les genera, responden con la misma moneda prolongando la carrera armamentista de preparación a la guerra y perpetuando el llamado “dilema de seguridad”. Véase D. Held, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, pp.75 ss.



la política moderna². La superación de la concepción universalista de la *respublica christiana*, a favor del Estado centralizado desde el punto de vista territorial, acabó ratificando las reglas de lo que será posteriormente conocido como *ius publicum europaeum*. De acuerdo con este nuevo *Corpus iuris gentium*, la guerra entre Estados soberanos se legitima no partiendo de la causa que la desencadena, del fin que se propone o del valor negativo contra el que se lucha, tal como profesaba la doctrina medieval de la ‘guerra justa’ (*bellum iustum*), sino del título jurídico del sujeto que la pone en marcha, del modo en que se lleva a cabo y del rango político-institucional del enemigo. Uno de los ejes de este sistema jurídico europeo es que el Estado soberano tiene ‘derecho’ a declarar la guerra, dispone del *ius ad bellum*: la guerra se convierte así en un «acto de gobierno» o «atributo de la soberanía»³, aunque no en un derecho subjetivo en sentido jurídico, pues no implica una obligación correspondiente a cargo de otro sujeto. La declaración de guerra es más bien de la condición de aplicación de ciertas normas convencionales que regulan, limitándola, la conducta de *todos* los participantes/beligerantes, no solo del agresor.

El paso necesario para mantener esta igualdad entre las situaciones subjetivas es el reconocimiento jurídico del enemigo, considerándolo especularmente titular de los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro Estado soberano. Dicho de otro modo, el *iustus hostis* viene a ser el que las categorías jurídico-formales reconocen como sujeto titular de los derechos y las obligaciones derivadas del estado de guerra: un enemigo ‘justo’ es tal porque así lo designa el derecho internacional, amén de las razones materiales que esgrima en la contienda o de la religión que profese. En definitiva, en este marco de relaciones internacionales, la justicia de una guerra solo puede consistir en su legalidad. Y esta correlación necesaria entre uso de la fuerza armada y derecho internacional es lo que ha permanecido tras los cambios experimentados por el modelo westfaliano en el siglo XX, después de las dos guerras mundiales, desde el momento en que quedó definitivamente establecido que la guerra *de*

² A. Colombo, *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2006, p. 175.

³ F. Bugnion, “Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law”, *International Studies Journal*, 5 (2005), pp.39-69.



agresión es un crimen internacional⁴. Cuestión distinta es, dicho sea de paso y por ahora, que no quedara igualmente determinado qué es *agresión*.

Esta ordenación normativa del fenómeno bélico estaría relacionada con la exigencia de sujetar normativamente – y por tanto de someter a límites – los efectos incontrolables de las tensiones internacionales entre los Estados. Las ventajas del sistema del *ius publicum europaeum* son destacadas, en particular, por Schmitt que lo define como un «verdadero logro, o sea una delimitación y acotación de la guerra europea»: con el nuevo Derecho de Gentes, para Schmitt, se produce una desteologización de la vida pública que provoca, como consecuencia, «la racionalización y humanización de la guerra, es decir la posibilidad de su acotación de acuerdo con el Derecho de Gentes, que consiste [...] en que el problema de la guerra justa es separado de la causa justa, quedando sujeto a categorías jurídico-formales». De ahí su propia definición de guerra justa: «es justa en el sentido del Derecho europeo de Gentes de la época interestatal toda guerra interestatal librada en suelo europeo, según las reglas del derecho europeo de guerra, por ejércitos militarmente organizados de Estados reconocidos por el Derecho europeo de Gentes»⁵. Si se quiere, puede verse en este proceso el reflejo de una imagen antihobbesiana de la política internacional: el desarrollo del concepto moderno de guerra como fuerza organizada por Estados soberanos, que no reconocen autoridades

⁴ Una correlación que, sin embargo, en la práctica internacional más reciente ha quedado entredicho por una política unilateral de potencia, apoyada en una actitud exportadora de valores buenos, que se ha caracterizado por considerar legítima la “exportación forzosa” de ideales universales. Y esta nueva práctica habría postergado el papel de las normas de derecho internacional en un nuevo escenario que reubica tanto el *ius ad bellum* (no solo en el plano jurídico sino sobre todo desde la perspectiva político-moral) como el *ius in bello* (piénsese en los problemas para determinar el tipo de conflicto armado, los relativos al status de las personas y al uso de la tecnología bélica más moderna). Sin embargo, a diferencia de lo que ha sostenido Habermas, no parece que esta nueva disputa entre el papel del derecho y la vocación hegemónica de una potencia militar – a partir de la primera guerra de Irak – haya relegado la cuestión de la justicia en las relaciones internacionales. J. Habermas, J. Derrida, *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional: Europa, en defensa de una política exterior común*, Madrid, Katz, 2008, p.9. Antes bien, esta querrela de fin de siglo reproduce con cierto aire de familia la discusión clásica acerca del carácter moral/material o jurídico/formal de los requerimientos internacionales que legitiman el uso de la fuerza contra otros Estados. Sobre la noción de guerra de *agresión* y la distinta valencia jurídica de los conceptos de guerra de *agresión* y *acto de agresión* a partir del Protocolo de Ginebra de 1924, puede verse C. Schmitt, *El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 92-108.

⁵ C. Schmitt, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius Publicum Europaeum*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 162. O, como decía J. Freund, «una de las características de aquello que se llamaba *ius publicum Europaeum* consistía en la humanización de la guerra por la transformación de la lucha armada en combates regulares llevados por las armadas reconocidas de diversos Estados» J. Freund, *La esencia de lo político*, Madrid, Editora nacional, 1968.



superiores, sería el resultado de un proceso de limitación y delimitación de la violencia, de modo tal que en realidad, como recuerda Hedley Bull, aunque estemos acostumbrados a contraponer la guerra entre Estados con la paz entre Estados, la verdadera alternativa histórica a la guerra entre Estados sería una violencia más difusa⁶. La formulación normativa de la guerra entre Estados en el nuevo derecho público europeo, centrada en la corrección de sus modalidades y moderada por las lógicas del equilibrio europeo, alteraría la visión hobbesiana sugiriendo una organización política de la humanidad distinta a la desatada guerra de todos contra todos a menudo evocada en el ‘estado de naturaleza’ internacional.

Según un influyente autor como Vattel, por ejemplo, la guerra era un fenómeno ineluctable, pese a representar un obstáculo para el desarrollo comercial y cultural de Europa, y no cabía esperar su desaparición de la vida política. Sin embargo, lo que sí podía y debía hacerse era limitarla y moderarla para que sus efectos fueran menos destructivos y asegurasen unas condiciones de paz lo más duraderas posibles⁷. Para ello era preciso «que los hombres descartaran previamente la idea de que algunas guerras, o alguna de las partes en toda guerra, son peculiarmente ‘justas’, o de que una u otra parte en cualquier guerra siempre tiene derecho a considerar su acción ‘punitiva’, en el sentido legal»⁸. Independizar el valor legal de las reglas limitativas de la conducta bélica del valor moral de la justicia de la causa de la guerra, es decir, el *ius in bello* del *ius ad bellum*, tal como hizo Vattel, encarnaría el mejor modo, si no «el único, de garantizar la mayor limitación mutua de la conducta bélica por todas las partes en lucha y, a la vez, de evitar la sucesión indefinida de horrores de la bien llamada espiral de la violencia»⁹.

En este marco normativo, distinto del orden medieval, la categoría de la ‘guerra justa’ se ve sometida a un cambio profundo. Dado por sentado que, en ausencia de una autoridad superior y universal – el *tercero ausente*, que diría Bobbio¹⁰ – cualquier

⁶ H. Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Nueva York, Columbia University Press, 1977, p.185.

⁷ E. de Vattel, *Le droit des Gens ou Principes de la Loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Washington, Carnegie Institution, 1916.

⁸ W.B. Gallie, *Filósofos de la paz y de la guerra. Kant, Clausewitz, Marx, Engels y Tolstoi*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 45.

⁹ Ruiz Miguel, *La justicia de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 125.

¹⁰ N. Bobbio, *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e sulla guerra*, Turín, Sonda, 1989.



contendiente puede sostener la legitimidad ética y jurídica de su propia guerra, el derecho internacional moderno abandona el tema de la ‘justicia’ de la guerra y se centra en la definición de las reglas y los procedimientos formales para la disciplina de las conductas bélicas. Así pues, ritualizando el uso de la fuerza se pretende intervenir sobre los efectos más destructivos de los conflictos entre los Estados europeos.

Una declinación teórica de este tipo ya había aparecido mucho antes, a finales del siglo XVI, cuando el auditor de las tropas de Felipe II en los Países Bajos, Baltasar Ayala, subrayaba la diferencia entre las guerras protagonizadas por los soberanos estatales y los conflictos armados en los que no revestían tal cualidad ambos contendientes, tratándose en este caso de guerras privadas¹¹. Frente a la insurrección de las Diecisiete Provincias contra la monarquía española, Ayala contestaba que tal rebelión no podía ser legitimada como una guerra justa pues solo un conflicto entre soberanos estatales puede serlo según el derecho de gentes, ya que la guerra ha de ser pública en ambos lados. «Todo lo demás es persecución penal y supresión de bandidos, rebeldes y piratas»¹². He aquí un principio estructurador del orden internacional desde el siglo XVII: la gradual sustitución de la doctrina medieval de la ‘guerra justa’ por la regulación del *ius in bello* y la consiguiente secularización, positivación y estatalización del derecho de guerra. Por tanto, en la época moderna se va asentando el principio conforme al cual toda manifestación de violencia colectiva no empleada por los titulares exclusivos del *ius belli*, es decir, los Estados territoriales soberanos, es desclasada al rango de guerra privada, sedición o, más tarde, terrorismo¹³. De forma muy eficaz lo expresa Schmitt citando una máxima del ejército prusiano: la tropa combate al enemigo, pero al merodeador lo elimina la policía¹⁴. Dicho con otras palabras, la guerra es un asunto militar, el crimen es una cuestión de derecho penal.

Este nuevo concepto de guerra implantado en el *ius publicum europaeum* implica tratar a los beligerantes en condiciones de igualdad de derechos y en idéntico plano jurídico con independencia de cualquier consideración sobre la justicia o moralidad de su causa.

¹¹ B. de Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari, Libri III*, Antwerpen, 1597.

¹² C. Schmitt, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius Publicum Europaeum*, cit., p. 175.

¹³ A. Colombo, *op. cit.*, p. 183.

¹⁴ C. Schmitt, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, p. 48.



En estos términos, quedaba bastante clara la diferencia, *in primis* jurídica, entre el enemigo y el delincuente como sujetos sometidos a esferas de poder distintas: la fuerza bélica en el primer caso, el aparato represivo del Estado en el otro.

El principio de igualdad de derechos entre beligerantes fue pacíficamente aceptado en una época en la que los Estados tenían libertad absoluta para ir a la guerra. Sin embargo, la prohibición general del uso de la fuerza entre los Estados y la criminalización de la agresión en el siglo XX vuelven a poner sobre la mesa el problema de la subordinación del *ius in bello* al *ius ad bellum*, así como el de la distinción enemigo-criminal¹⁵. Parecía que la propia criminalización de la guerra de agresión era incompatible con la idea de igualdad de beligerantes en la medida en que se reconocía a una parte como criminal y a otra como víctima. Se alegaba que, en virtud de la máxima *ex iniuria jus non oritur*, no podemos admitir que se derive derecho alguno de una acción ilegal¹⁶. Pero el Derecho Internacional Humanitario desarrollado a lo largo del siglo XX revalidó el principio de autonomía del *ius in bello* y ratificó la igualdad de derechos entre las partes. La existencia de estos derechos y obligaciones no derivaba de la existencia de la guerra sino de la existencia de unos Tratados y Convenciones que los reconocían y positivizaban con el fin último de garantizar un mínimo de protección a todos los individuos incluso en contextos de guerra.

La guerra contra el terrorismo

El siglo XXI atisba un talante bien diferente, la práctica reciente de los Estados revela una preocupante tendencia a discriminar jurídicamente al adversario que, se nos dice, libra una guerra injusta o inmoral¹⁷. Esta pretensión de aplicar discriminadamente el *ius in bello* en virtud de la mayor o menor justicia de la causa, se basa además en la asunción de que es posible separar derechos y obligaciones, de manera que el enemigo injusto o inmoral tendría todas las obligaciones y ningún derecho, mientras que quien libra una guerra justa tendría todos los derechos y ninguna obligación. Pero el propósito

¹⁵ F. Bugnion, *op. cit.*, p. 44; R.D. Sloane, “The Cost of Conflation: preserving the dualism of Jus ad Bellum and Jus in bello in the Contemporary Law of War”, *Yale Journal of International Law*, 34 (2009), pp.47-112, p. 70.

¹⁶ F. Bugnion, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷ K. Okimoto, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Studies in International Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 3.



del *ius in bello* es proteger al individuo mediante el establecimiento objetivo de reglas que imponen tanto obligaciones como derechos. El principio de distinción entre combatientes y civiles, por ejemplo, protege a los civiles de los efectos de las hostilidades pero al mismo tiempo les impone la condición o, mejor, la obligación de mantenerse al margen de las mismas. El argumento de la discriminación del enemigo descansa también en un razonamiento engañoso en función del cual se responsabiliza a cada uno de los individuos a los que niega derechos del hecho mismo de la guerra, olvidando una vez más que la finalidad del *ius in bello* no es asignar responsabilidades morales ni criminales, sino proteger la dignidad y minimizar en lo posible todo sufrimiento humano.

Junto con el del ‘enemigo injusto’, existe otro argumento a la hora de justificar desviaciones respecto del *ius in bello* vigente y de negar los derechos del adversario¹⁸. Es un argumento que no apunta tanto a la inmoralidad de la causa enemiga como a la excepcionalidad o a la gravedad de la situación: si la causa en juego es lo suficientemente grave o importante, las limitaciones del *ius in bello* pueden ser desatendidas. Siguiendo un razonamiento consecuencialista, se nos dice que en determinadas situaciones de una gravedad excepcional, en las que está en juego una causa particularmente importante, puede ser contraproducente atenerse a los límites que existen – y deben existir – como regla general¹⁹.

Estas prácticas y tendencias han dejado sitio a una emulsión vertiginosa en la que la oposición entre el enemigo y el criminal por antonomasia – el terrorista – ya no es representativa de la división de competencias entre el derecho internacional público y el derecho penal estatal. De hecho, y atendiendo a la más estricta actualidad, no es infrecuente encontrar en la comunicación de masas esa mezcolanza incluso en medios nada sospechosos de querer jugar a la moda de la lucha de civilizaciones entre el Bien y

¹⁸ Sloane distingue tres modelos argumentativos desde donde desprenderse del principio de independencia y de igualdad de derechos del *ius in bello*: i) *an aggressor-defender model of war*, ii) *allowing ad bellum proportionality to influence in bello proportionality*, iii) *the supreme emergency paradigm*. Ver R.D. Sloane, *op.cit.*, pp. 70-78.

¹⁹ El propio Walzer es un gran defensor del argumento de la “emergencia suprema”. Para Walzer, el ejemplo paradigmático de peligro de esta naturaleza lo encontramos en el nazismo, pues fue una práctica de dominación tan bárbara y degradante, que las consecuencias de su victoria hubieran sido inconmensurablemente espantosas. M. Walzer, *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 335-356.



el Mal de bushiana memoria. Así, empezando por el video del policía asesinado en la acera y a sangre fría durante la carnicería parisina de *Charlie Hebdo*, se ha dicho que se trata de una «imagen de guerra»; que «toda la acción está concebida como acción militar» y que «hablamos de terrorismo porque no queremos pensar que estamos en guerra»²⁰. Para el rector de la mezquita de París, pese a haber denunciado en el pasado a *Charlie Hebdo* por las caricaturas de Mahoma, el múltiple asesinato equivale a una «declaración de guerra»²¹. En esta línea, por poner otro ejemplo, matanzas «como las de París constituyen asaltos en la retaguardia dentro de una guerra global que, por cierto, Europa no tiene ni siquiera conciencia de que exista»²². Declaraciones similares pudieron leerse y escucharse tras los atentados perpetrados también en París, el 13 de noviembre del mismo año. Tanto Hollande como el Primer Ministro Manuel Valls sentenciaron que dichos ataques constituirían «un acto de guerra del Estado Islámico contra Francia» y que Francia sería implacable contra los barbaros²³, un mensaje que ha vuelto a reproducirse con fuerza a raíz de los recientes ataques suicidas de Bruselas el pasado 22 de marzo²⁴.

Las alusiones bélicas se han vuelto llamamiento explícito el día siguiente a los atentados de París de noviembre de 2015: en un artículo publicado después de la matanza, Bernard-Henry Lévy invitaba a dejarse de sutilezas y llamar a las cosas por su nombre: al pan, pan, y al vino, vino, escribía. Y en pos del objetivo, el filósofo y ensayista francés decía dos cosas: primero, que esto es una guerra; de nuevo tipo, sí, pero guerra. Y aquí no se alejaba de lo que se ha leído o escuchado desde aquellos días y que se ha vuelto a escuchar tras los posteriores atentados de Bruselas. La segunda petición referida a la necesidad de llamar las cosas por su nombre aludía al concepto de enemigo: «quien dice guerra dice enemigo. Y a ese enemigo no solo hay que tratarlo

²⁰ C. Freccero, “I lumi spenti dell’occidente”, *Il Manifesto*, 7 de enero de 2015.

²¹ A.M. Merlo, “Le matite spezzate”, *Il Manifesto*, 7 de enero de 2015.

²² L. Bassets, “Europa en guerra” *El País*, 15 de enero 2015.

²³ Discurso del Presidente de la República al Parlamento, el 16 de noviembre de 2016, <<http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-devant-le-parlement-reuni-en-congres-3/>>; Manuel Valls, en una entrevista concedida a TF1 tras los atentados, empleó la palabra “guerra” hasta en nueve ocasiones en diez minutos <http://www.liberation.fr/france/2015/11/14/manuel-valls-nous-sommes-en-guerre_1413503>

²⁴ El Primer Ministro francés, Manuel Valls, declaraba al término de una reunión del gabinete de crisis por los atentados de Bruselas: “Estamos en guerra. Europa sufre desde hace varios meses actos de guerra. Y ante esta guerra se requiere una movilización de todas las instancias”. <http://www.liberation.fr/video/2016/03/22/valls-nous-sommes-en-guerre_1441201>



como tal, es decir (las enseñanzas de Carl Schmitt), verlo como una figura a la que, según la táctica escogida, se puede engañar, hacer dialogar, golpear sin hablar, en ningún caso tolerar, pero sobre todo (enseñanzas de San Agustín, santo Tomás y todos los teóricos de la guerra justa), darle, también a él, su nombre auténtico y preciso. Ese nombre no es terrorismo»²⁵.

El tajante sermón de Lévy corre el riesgo de no atinar en el análisis ni acertar en el remedio. Porque si estamos en guerra porque este es un enemigo, pero también es un terrorista, significa que el terrorismo es una forma de guerra, dándole así la razón a tantas generaciones de terroristas que nunca han sido reconocidos por los Estados (español, alemán, italiano, británico) como bandos de una lucha armada sino como simples y brutales criminales asesinos. Y esto plantea un problema desde la perspectiva reivindicada por Lévy, porque si se acepta un contexto bélico, ya que conscientemente elige la palabra ‘guerra’ para explicar el marco, llamar a alguien enemigo implica, desde que existe el ‘Estado’, reconocerle algo, esto es, derechos y obligaciones.

En esta dirección van, en realidad, las enseñanzas de Schmitt que Bernard-Henry Lévy invoca: a «ambas partes beligerantes les corresponde el mismo carácter estatal con idéntico derecho. Ambas partes se reconocen mutuamente como Estados. De este modo, se hace posible distinguir entre el enemigo y el criminal. El concepto de enemigo puede adoptar forma jurídica. El enemigo deja de ser algo que ‘ha de ser aniquilado’»²⁶. Por tanto, calificar los atentados terroristas como acto de guerra equivale, en el paradigma occidental, a ‘dignificar’ al contrario reconociéndole como formalmente igual y oficialmente como Estado, con todas las consecuencias que ello implica desde el punto de vista del derecho bélico y las relaciones internacionales.

Por otro lado, aquellos teóricos de la guerra justa y santos varones que Lévy cita como acuñadores de conceptos verdaderos representan la doctrina que justificaba la guerra con argumentos especulares a los de los asesinos-suicidas enviados por el Isis. *Allahu Akbar* (Dios es grande) gritan estos; *Sed etiam hoc genus belli sine dubitatione iustum est, quod Deus imperat* (es además ciertamente justa la guerra ordenada por Dios), declaraba San Agustín. Parece otro autogol, porque al margen de que algunos

²⁵ B.H. Lévy, “La Guerra: manual de instrucciones”, *El País*, 17 de noviembre de 2015.

²⁶ C. Schmitt, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius Publicum Europaeum*, cit., p. 164.



creamos que ninguna guerra de religión tiene sus causas originarias en la religión (recuérdese el ciceroniano *nervos belli, pecuniam infinitam*), cuando se emplea el código religioso, como ha apuntado en los mismos días Étienne Balibar, el nivel de crueldad rebasa todos los límites ya que el enemigo se convierte en *anatema*²⁷, y esto es precisamente lo que a los desteologizados europeos nos aterroriza del terrorismo islámico. No parece inteligente seguirles el juego. Ni rentable, y los hechos desde 2001 en adelante parecen confirmar mis temores.

De todos modos, es posible que en la interpretación radicalmente bélica del terrorismo islamista resuenen ecos de la visión *clashista* propagada por autores como Huntington, Fukuyama o Fallaci que, a partir de los años noventa, concibe las relaciones internacionales como un choque de civilizaciones que, después de los atentados a las Torres Gemelas, irá asumiendo cada vez más los contornos de una lucha civilizatoria entre el Occidente cristiano y el Oriente islámico, a modo de equivalente geopolítico funcional del conflicto entre el Oeste capitalista y el Este comunista que había caracterizado las décadas anteriores. El propio George W. Bush, sólo unos días después de los atentados del World Trade Center, declaraba: «we are at the beginning of what I view as a very long struggle against evil. We are not fighting a nation, (...) we are fighting evil»²⁸. Estos mismos esquemas maniqueos se prolongaron durante años difundiendo un mensaje de confrontación y odio que no contribuyó en nada a la solución del problema. Como apunta Lieven, «what has failed has been not just the strategy on the Administration of G.W. Bush but the whole way of looking at the world»²⁹.

Nos estamos aperciendo de un problema de seguridad interior que tratamos como una situación de lucha armada y, por esta razón, en los últimos años se han difuminado los límites operativos de este binomio seguridad/guerra y se ha extendido un modelo penal y procesal funcionalista en el que prima la defensa de la seguridad del Estado y la

²⁷ E. Balibar, “We’re in the war”, *Il Manifesto*, 18 de noviembre de 2015.

²⁸ Bush, G.W., “President Bush calls for action on the economy and energy”, 26 oct 2001, <www.whitehouse.gov/news/releases/2001/10/print/20011026-9.html april 2007>

²⁹ A. Lieven, J. Hulsman, *Ethical Realism: A Vision for America’s role in the world*, New York, Pantheon, 2006, XI.



ausencia de derechos y libertades³⁰. La política criminal que subyace tanto a las prácticas como a la legislación desarrollada con el pretexto de la defensa de la seguridad – muchas veces injustificables desde el punto de vista del Derecho Internacional –, hace que debamos preguntarnos por la función que debe cumplir el Derecho Penal, así como por la relación que debe existir entre Derecho Penal y seguridad, o entre Derecho Penal y guerra³¹. El hábito de la reciente reforma del Código Penal Español reposa precisamente en la conciencia de una creciente inseguridad que nada tiene que ver con el incremento de las tasas delictivas en este país o con la urgencia impuesta por un truculento conflicto social. No, se trata de medidas dirigidas a mantener umbrales de tranquilidad interior de cara al potencial dañino del enemigo. O al menos esa es la legitimación política con la que se ha sellado el acuerdo entre el Gobierno y el principal partido de oposición, que ha sido rubricado como «pacto antiyihadista»³². Resumiendo, se fortalecen las medidas penales de contención de un delito cuyo autor potencial no es simplemente un criminal sino un enemigo militar. Probablemente sea importante aclarar ciertas distinciones, especialmente si ello tiene alcance y relevancia jurídica, pues el derecho es una cuestión de límites y si se pierde la trazabilidad de los límites nos volvemos incapaces de reconocer por separado los dos términos del binomio guerra/seguridad. En nuestra opinión, esto sería algo sumamente pernicioso para el jurista, cuya profesión consiste precisamente en lidiar con los límites de las normas, de las reglas de convivencia, que siempre deben permitir dar una respuesta a la pregunta de ‘hasta qué punto’. Es el problema de la vaguedad de las normas³³ y de su lenguaje como vaguedad de sus límites, de la anti-extensión de sus predicados. Toda decisión implica medirse con la vaguedad y, si no somos capaces de identificar los límites o, lo que es lo

³⁰ Según Pérez Cepeda, los anglo-americanos representarían el paradigma de “Estados fortaleza de vigilancia transnacional”, cuyos modelos se basan en la seguridad y el predominio militar. Véase A.I. Pérez Cepeda, “Políticas de seguridad, guerra sancionadora y Derecho Penal Bélico”, in J.M. Martínez de Pisón Caverro, M. Urrea Corres (a cura di), *Seguridad Internacional y guerra preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Universidad de la Rioja, PERLA Ediciones, 2008, p. 285.

³¹ Para un análisis crítico de las políticas criminales que se están llevando a cabo y de las que, por el contrario, podrían ser adecuadas, nos remitimos a J.M. Paredes Castañón, “El Terrorista ante el Derecho Penal: por un política criminal intercultural”, *Nuevo Foro Penal*, 74 (2010), pp.99-177.

³² Se puede consultar el “Plan estratégico nacional de lucha contra la radicalización violenta” en este link:

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2015/refc20150130e_1.pdf>

³³ T.A.O. Endicott, *La vaguedad en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006.



mismo, de distinguir, nos quedamos atrapados en la espiral de las generalizaciones confusas.

Conviene tener presente que en el debate sobre la denominación de una confrontación – bien en términos de amenaza criminal bien en términos de conflicto armado – está en juego mucho más que una definición, y que de la disputa en torno al lenguaje empleado se derivan consecuencias no sólo políticas sino también jurídicas, tanto para los Estados como para los individuos. Ya nos advierte Ferrajoli de que «en ninguna otra materia como en el de la violencia política, los significados asociados a los términos de la cuestión – terrorismo y guerra – son tan decisivos en la determinación de nuestras concepciones (...) y en la orientación de nuestras elecciones»³⁴. En este sentido, la elección del entonces presidente de los EE.UU., George W. Bush, a la hora de declarar la ‘guerra’ a los terroristas tras los atentados del 11-S, no era una mera elección semántica, sino que se trataba de una opción política sobre cómo combatir el fenómeno terrorista, en este caso a favor del esquema militar.

Sin embargo, cuando se trata de valorar si el concepto que está empleando, ‘la guerra’ contra el terrorismo, es coherente con el marco jurídico de referencia, nos topamos con no pocos problemas. De un lado, ningún tratado de Derecho Internacional contiene una definición clara de ‘conflicto armado’ o, al menos, dejan un amplio margen de duda, fundamentalmente en relación a situaciones de violencia transnacional que tienen lugar entre Estados y grupos no estatales, por lo que los requisitos o elementos que deben darse para poder determinar objetivamente la existencia de un conflicto armado y su naturaleza han tenido que ser desarrollados doctrinal y jurisprudencialmente por medio de la interpretación³⁵. Este silencio que guarda el Derecho Internacional convencional a la hora de definir los conflictos armados se hace aún más flagrante en el caso de los conflictos de índole no internacional. La convicción,

³⁴ L. Ferrajoli, “Guerra y Terrorismo Internacional. Un análisis del lenguaje político”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX (2009), pp. 13-33, 14.

³⁵ Tradicionalmente, las condiciones que la doctrina ha considerado que deben darse son: identificación de al menos dos partes (*ratione personae*), identificación del territorio en el que tiene lugar la batalla (*ratione loci*), y conexión entre los eventos concretos y el conflicto armado identificado (*ratione materiae*) G. Rona, “Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the ‘War on Terror’”, *The Fletcher of World Affairs*, 27 (Summer/Fall 2003), pp.55-74. El caso más relevante en el que un tribunal internacional abordó la cuestión relativa a la existencia o no de conflicto armado, y que ha sido ampliamente acogido por la jurisprudencia posterior es el Caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgement, 15 July 1999, Case núm. IT-94-1-A, Appeals Chamber.



aún dominante en la época en que se redactaron los Convenios de Ginebra, de que el Derecho Internacional no debía entrometerse en los asuntos internos de cada Estado en respeto a su soberanía, junto con las múltiples maneras en que la violencia podía tomar forma a nivel interno (disturbios, altercados, revoluciones, insurrecciones...), explican en gran medida la exigüidad del Derecho Humanitario de los conflictos no-internacionales.

Por otro lado, nos encontramos con que la realidad que se pretende calificar es una realidad heterogénea de contornos poco definidos que comprende, bajo una misma etiqueta, una multitud de fenómenos violentos que difieren entre sí en diversas variables y que difuminan aún más si cabe la tradicional frontera entre guerra y paz, o entre guerra interna y guerra internacional. Esta ‘guerra contra el terrorismo’ a la que hacía referencia el presidente Bush no sería sino una manifestación o concreción más – tal vez la más reciente – de un fenómeno más amplio de transformación de las guerras (‘nuevas guerras’, ‘guerras posmodernas’, ‘conflictos de cuarta o quinta generación’) que se caracteriza por el desdibujamiento de las distinciones tradicionales³⁶ y que, para gran parte de la doctrina, reclama una revisión de la tipología clásica de conflictos armados, pues ésta se habría vuelto arcaica e ineficaz ante la mutación de la conflictividad internacional. Sin embargo, flexibilizar el Derecho Internacional Humanitario vigente aspirando a que éste acoja o regule todas las acciones que se producen bajo el paraguas de la guerra global contra el terrorismo – ya sea expandiendo el concepto de conflicto armado o bien expandiendo los supuestos de aplicación del *ius in bello* más allá de los conflictos armados – no sería razonable ni conveniente³⁷. La propia lógica y naturaleza del *ius in bello*, que nace con la finalidad de minimizar el sufrimiento humano y garantizar unos mínimos de humanidad a las víctimas de cualquier conflicto, se fundamenta en el principio de igualdad de derechos y obligaciones entre beligerantes.

³⁶ Son muchas las expresiones empleadas para hablar de la transformación de las guerras. El concepto más empleado ha sido probablemente el de “nuevas guerras” que, en el ámbito académico, se popularizó con la obra de Mary Kaldor, *Las Nuevas Guerras. Violencia organizada en la era global*, Barcelona, Tusquets Editores, 2001. Sin embargo, la complejidad y las características de estos conflictos ha sido tratada por otros autores, incluso previamente, de manera muy interesante M. Van Creveld, *The Transformation of War*, Nueva York, The Free Press, 1991; R. Smith, *The Utility of Force: The Art of War in The Modern World*, Londres, Allen Lane, 2005; V. Desportes, *La guerre probable*, París, Economica, 2009.

³⁷ G. Rona, *op. cit.*



Un principio que, como ha quedado patente en los últimos años, los Estados no están dispuestos a asumir ni a garantizar cuando se trata de un enemigo al que se condena categóricamente en el plano moral y político con la finalidad de negarle cualquier status jurídico en el plano legal.

Estas intersecciones entre el plano bélico y el penal recrudecen la ya difícil aplicación de los criterios de distinción tradicional que en la práctica reciente no encuentran un encaje cómodo en los modelos normativos contemplados en el derecho de la Haya, de Ginebra y en el estándar de la Carta de Naciones Unidas.

Otro de los problemas que plantean los conflictos armados de los últimos años es el de la creciente dificultad de llevar a efecto el principio de distinción entre combatientes y civiles, con la consecuente erosión del principio de inmunidad de los civiles. Los enemigos que se combaten en estas guerras no se distinguen del resto de la población, no son ejércitos con sus uniformes y emblemas. Los civiles participan cada vez más activamente en estas guerras en las que apenas hay combates en el sentido tradicional de la palabra, y trazar la línea que permita identificar cuándo una participación es ‘directa’ o ‘indirecta’, es decir, cuándo se pierde o no la inmunidad, no es tarea sencilla. ¿Cómo podemos resolver el problema los civiles que, cuando cierran sus negocios o terminan sus turnos, facilitan munición a quienes al día siguiente pondrán una bomba en un supermercado?, ¿o con los que esconden a objetivos militares legítimos en sus casas? En términos de contribución al conflicto, ¿qué diferencia hay entre estas personas y aquellas cuya función es disparar? Todas estas dificultades prácticas a la hora de llevar a efecto el principio de distinción, hacen que la vigencia e incluso la utilidad o fundamento último de dicho principio sea cuestionada³⁸.

De ahí la necesidad de profundizar en los desafíos planteados por los conflictos armados de los últimos años, como las diferencias entre los conflictos internacionales y los no internacionales, entre los combatientes y los no combatientes, entre los Estados y las entidades no estatales, entre las instituciones públicas y las empresas privadas que participan en los conflictos, etc.

³⁸ N. Melzer, “Interpretative Guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”, ICRC, 2009. Sobre el fundamento, la relevancia y vigencia del principio de distinción, nos remitimos a F. Lara, “Ética en la guerra: la distinción entre soldados y civiles”, *Revista de Filosofía*, 38 (2013), 2, pp.79-98.



La defensa preventiva: *we cannot wait for the smoking gun*

Ya estaba sobre la mesa, por tanto, el debate sobre los paradigmas jurídicos clásicos derivados de una epistemología bélica que en los últimos años se estaba disolviendo. Y ahora la madeja se enreda ulteriormente con el renovado empuje de las políticas penales de seguridad. El elemento principal aducido por esta reubicación de la seguridad interna en el epicentro del paradigma de la guerra ha sido sin duda el 11-S. La agenda política, se ha dicho, ha experimentado un cambio de rumbo repentino a raíz de los atentados a las torres gemelas atando a doble hilo el problema de la seguridad interna con la reordenación de las relaciones internacionales³⁹. Como se ha indicado, merced a un acto terrorista, en «un plazo de 24 horas los Estados Unidos se sentían y se declaraban en guerra y, por tanto, lo estaban»⁴⁰.

El binomio guerra-seguridad en el mundo post 11-S pivota sobre la doctrina de la legítima defensa preventiva. La guerra preventiva sustituiría a la vieja lógica de la autodefensa⁴¹. La receta de la prevención consiste en actuar frente a las amenazas potenciales antes de que se constituyan plenamente, ya que cuanto mayor es la amenaza, mayor es el riesgo de la inacción. En uno de sus discursos orientados a persuadir a la opinión pública de la necesidad de la guerra contra Irak, el presidente George W. Bush declaró que, a la luz de los devastadores ataques del 11-S, y ante las claras evidencias de peligro, América no podía estar dispuesta a «esperar la prueba final, el arma humeante»⁴². Esta doctrina encontró su plasmación oficial en el famoso documento de

³⁹ Dos pequeñas muestras del diagnóstico: “la respuesta a unos atentados execrables (...) supuso, de hecho, una reubicación teórica y práctica de la cuestión de la seguridad, además de un replanteamiento de las relaciones internacionales del país más poderoso del planeta. Así, el gobierno de los Estados Unidos no sólo predijo una “guerra de civilizaciones” que luego matizó y hasta negó, sino que también declaró que los Estados Unidos estaban en “guerra contra el terrorismo”. De ahí que, rápidamente, se pasara de una reafirmación de la política de seguridad a la realidad de la guerra”. Véase J. Martínez de Pisón, “Los discursos sobre la guerra: de la seguridad nacional a la guerra anticipatoria. Un nuevo riesgo global”, en J. Martínez de Pisón Caverro & M. Urrea Corres (coords.), *Seguridad internacional y guerra preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, pp. 59-60. “La palabra guerra afloró de manera espontánea en muchos de los primeros comentarios televisados, pero se convirtió en término oficial y omnipresente cuando el presidente Bush y todos los miembros de su administración la hicieron propia”, en F. Romero & R. Guolo, *América/Islam. E adesso?*, Roma, Donzelli, 2003, p. 16.

⁴⁰ F. Romero & R. Guolo, *op. cit.*, p.16.

⁴¹ B.R. Barber, *El imperio del miedo. Guerra, terrorismo y democracia*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 86.

⁴² “We cannot wait for the final proof - the smoking gun - that could come in the form of a mushroom cloud”. Remarks by the President on Irak at the Cincinnati Museum Center, Cincinnati, Ohio, 7 October 2002.



2002 sobre la *Estrategia de Seguridad Nacional*, elaborado por la Administración estadounidense, que condensa en la doctrina de la ‘guerra preventiva’ este engranaje a tres bandas entre el bien en peligro (la seguridad), la causa de la amenaza (el terrorismo) y el instrumento para evitarla (la guerra): «the United States can no longer solely rely on a reactive posture as we have in the past. The inability to deter a potential attacker, the immediacy of today’s threats, and the magnitude of potential harm that could be caused by our adversaries’ choice of weapons, do not permit that option. We cannot let our enemies strike first».

Azuzado por la indignación mundial posterior al brutal crimen terrorista, el militarismo securitario da un acelerón y deja definitivamente atrás las rémoras de legitimación que planteaba el paso de la guerra anticipada (*preemptive war*) a la guerra preventiva (*preventive war*) que los nuevos teóricos de la guerra justa pretendían mantener vigente⁴³. Ya hemos reseñado hace años los problemas interpretativos suscitados por la importantísima tesis de Walzer acerca de la guerra anticipada: entiende este autor que «los Estados pueden hacer uso de la fuerza militar cuando se encuentren ante amenazas de guerra y siempre que no hacerlo ponga *seriamente* en riesgo su integridad territorial o su independencia política. En tales circunstancias puede decirse con justicia que se han visto forzados a luchar y que son víctimas de una agresión»⁴⁴. Es decir, puedes disparar primero si sabes que te van a atacar porque te están amenazando *seriamente* pero, y aquí está el nudo, ¿quién establece el grado de *seriedad* de una amenaza? Obviamente si el juicio es dejado en mano del amenazado (muy comprensible desde un punto de vista lógico-moral) podemos olvidarnos de trazar límites objetivos a la vaguedad del criterio normativo: cada uno será libre de decidir a su antojo cuánto está siendo expuesta al peligro su casa por un golpe de tos del vecino, puesto que por algo

<<http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB80/new/doc%202012/President%20Bush%20Outlines%20Iraqi%20Threat.htm>> (ultimo acceso marzo 2015).

⁴³ “For centuries, international law recognized that nations need not suffer an attack before they can lawfully take action to defend themselves against forces that present an imminent danger of attack. Legal scholars and international jurists often conditioned the legitimacy of preemption on the existence of an imminent threat—most often a visible mobilization of armies, navies, and air forces preparing to attack. We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today’s adversaries” (*The National Security Strategy of the United States of America*, septiembre de 2002, en <<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>>).

⁴⁴ M. Walzer, *op.cit.*, p. 130. Cursiva nuestra. Para un examen crítico de la postura de Walzer nos permitimos remitir a R. Campione, *El nomos de la guerra. Genealogía de la ‘guerra justa’*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 152 ss.



cada uno es dueño y responsable de la seguridad de su casa. En cambio, si nos ceñimos a un estándar objetivo como la norma jurídica, habría que acudir al art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas («Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales») que no contempla tales extensiones hermenéuticas pese a las filigranas doctrinales que admiten la legitimidad de la acción militar en caso de amenaza de agresión *inminente* y, tal vez, incluso si no es inminente pero sí *real*. Así interpreta el art. 51 el «Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio» en el Informe *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, presentado ante la Asamblea General de la ONU (A/59/565, 2 de diciembre de 2004): «Sin embargo, según un principio de derecho internacional bien establecido, el Estado amenazado puede recurrir a la acción militar siempre que la amenaza de agresión sea *inminente*, no haya otro medio de impedirlo y la acción sea proporcional. El problema se plantea cuando la amenaza no es inminente pero se puede aducir que es real como ocurriría, por ejemplo, con la adquisición, con un propósito presuntamente hostil, de la capacidad necesaria para fabricar armas nucleares» (pár. 188). Parece que el Grupo de alto nivel no ha sido insensible a la estrategia de seguridad nacional americana. De hecho, pocos días después del 11S, Estados Unidos y el Reino Unido invocaron con sendas cartas ante el Consejo de Seguridad la legítima defensa como justificación por haber invadido Afganistán, aduciendo como objetivo de la acción militar la prevención de ataques futuros⁴⁵. Si bien la invocación oficial para intervenir fue la legítima defensa preventiva, conviene recordar que, por ejemplo en el caso de la invasión a Iraq, las justificaciones fueron variando y cambiando con el tiempo, pasando de la necesidad de prevenir un

⁴⁵ Varios trabajos indican como fuente para consultar los documentos <<http://www.un.int/usa/s-2001-946.htm>>, que en la actualidad es una *page not found*: C. Gutiérrez Espada, “Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11S”, *Anales de derecho*, 19 (2001), pp. 49-58, p. 57; J.L. Vallarta Marrón, “La legítima defensa ¿Es imprecisa la Carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman? ¿Es la defensa preventiva contra el terrorismo una norma *in statu nascendi*?” *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8 (2008), pp. 955-984. Atina en nuestra opinión este último autor al insinuar que se prefirió hacer una inapropiada referencia a la legítima defensa, en lugar de buscar la autorización previa del Consejo de Seguridad, para poder llevar adelante la “nueva” política de seguridad internacional y la consolidación de un derecho a la legítima defensa preventiva.



ataque terrorista o un ataque con armas de destrucción masiva, a la necesidad de intervenir para poner fin a las violaciones de derechos humanos o para cambiar de régimen y derrocar a Sadam. Los argumentos de la guerra preventiva y de la guerra o intervención humanitaria son argumentos distintos, pero tienen puntos en los que coinciden y se refuerzan. Se caracterizan por contribuir a alimentar un mensaje que destaca constantemente nuevos peligros, amenazas e inquietudes, hasta el punto de que, en el plano político y mediático, estos discursos eran prácticamente intercambiables entre sí⁴⁶. La alternancia de discursos y el confuso uso de los argumentos, lejos de ser gratuito, estaría trastornando el lenguaje de la política y del derecho hasta el punto de cambiar el significado de todas las palabras que tienen que ver con el uso de la fuerza⁴⁷. A la hora de darles apariencia de legalidad, estos argumentos se caracterizan por intentar ensanchar hasta límites insostenibles el significado de las normas. Ahora bien, es cierto que los conceptos jurídicos pueden estirarse, pero hasta cierto punto, y si se pretende que una norma diga algo que no dice conforme a cualquier convención lingüística, la única vía posible es enmendar la norma⁴⁸ y mientras eso no se logre no queda más remedio que ajustarse a ella según los cánones interpretativos: así, que un derecho sea inmanente puede significar cosas diversas pero, desde luego, sobre la base de ningún criterio textual o teleológico imaginable puede querer decir claramente «derecho que cabe ejercer en situaciones de inminencia»⁴⁹. Así pues, en este panorama post 11-S –a nuestro juicio– no hay nada nuevo con respecto al Walzer de los años setenta⁵⁰, solo que en lugar de amenaza seria se habla de amenaza inminente.

⁴⁶ A. Vanaik, *Casus belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra*, TNI eBooks, 2010, p. 10.

⁴⁷ Ferrajoli insiste en la importancia de distinguir la “guerra”, prohibida por el Derecho Internacional, de los “usos legítimos de la fuerza”, que serían únicamente la “acción coercitiva internacional” y el “derecho natural de autotutela”, y que serían precisamente las alternativas a la guerra y las garantías de su prohibición. En L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁸ C. Gutiérrez Espada, “La regulación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, in Ramón Chornet, C. (ed.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 27.

⁴⁹ Utilizando un ejemplo de Endicott, ante la vaguedad de un concepto como el de “persona alta”, puede discutirse si es verdadero el enunciado “cualquiera 1 cm más bajo que una persona alta es alto” e incluso se puede debatir si es verdadero el enunciado “cualquiera 1 mm más bajo que una persona alta es alto” pero, desde luego, el enunciado “cualquiera 1 m más bajo que una persona alta es alto” es falso porque el concepto de “persona alta” no es *tan* vago. En T.A.O. Endicott, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁰ Que ya entonces reclamaba una revisión del llamado paradigma legalista proponiendo que se admitiesen tanto las intervenciones anticipadas como las intervenciones en socorro de los pueblos amenazados por masacres. Ver M. Walzer, *op. cit.*, p. 158.



De hecho, tampoco resultaba extraña desde el punto de vista de la administración Bush (discurso aparte merecería la sustancial continuidad de principios con la administración demócrata anterior, la Clinton, y de la posterior, la del Nobel Obama)⁵¹ esta interpretación derivada del haber sido su país víctima de tan sangriento acto; ya se sabe cómo es el americanismo derechista⁵². Antes de que se produjeran los atentados del 11-S, ya en el PNAC (Proyecto Para el Nuevo Siglo Estadounidense, creado en 1997 por una veintena de expertos neoconservadores), se declaraba la importancia del liderazgo de EEUU ante las responsabilidades globales y se reclamaba una política exterior que promoviera resueltamente los principios estadounidenses en el extranjero⁵³.

⁵¹ Sobre la continuidad de algunas de las claves del discurso con la llegada de Obama al poder, cabe resaltar las palabras que dio en su discurso inaugural: “security emanates from the justness of our cause, the force of our example” (Barack Obama inaugural address in his “Change we can believe in”, 2009). No obstante, si bien mantuvo la línea argumental de la guerra justa, Obama atemperó y moderó significativamente el discurso contra el Islam y se desprendió de los esquemas de choques civilizatorios de su predecesor, que puso empeño en describir al Islam como un aliado y no como un problema: “A new beginning between the US and muslims around the world, one based on mutual interest and mutual respect, and one based upon the truth that America and Islam are not exclusive...they overlap, and share common principles –principles of justice and progress; tolerance and the dignity of all human beings”. (Barack Obama <http://whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-at-Cairo-University-6-04-09/>). Con la llegada de Obama lo que se abandona –afortunadamente- es la carga mesiánica del discurso, así como las referencias al choque de civilizaciones, pero en el fondo se mantienen buena parte de los instrumentos empleados por Bush y de sus objetivos, aunque de una manera más pragmática y realista. Los hechos revelan que Obama no tiene reparos en sumarse a la apuesta militarista tan arraigada en EEUU a la hora de combatir el terrorismo. De hecho, no dudó en anunciar una ofensiva militar contra el Estado Islámico –ofensiva que actualmente se extiende fundamentalmente a Irak y a Siria- precisamente en Septiembre de 2014, cuando se cumplían 13 años del 11S, recurriendo para ello a estrategias discursivas que ya habíamos visto con Afganistán en 2001 o Irak en 2003. Véase Núñez Villaverde, Jesús A., “Idas y vueltas desde el 11-S”, en *El País*, 11 Septiembre de 2014, y FAUS, Jon, “Trece años después del 11-S, EEUU inicia otra ofensiva contra el yihadismo”, en *El País*, 11 de Septiembre de 2014.

⁵² De hecho, comprender el contexto ideológico resulta muy útil para comprender y analizar las prácticas y conductas de un país en sus asuntos con el exterior y, en este sentido, el mito de la inocencia y la excepcionalidad, junto con la ideología neoconservadora, impregnan cada una de las acciones y discursos de EEUU en relación a las guerras. Barber realiza un detallado repaso del mito de la inocencia, la excepcionalidad y la independencia americana a lo largo de su historia, y del papel que dichas creencias han jugado en la política de EE.UU. Ver B.R. Barber, *op. cit.*, pp. 35-63. Sobre las raíces del neoconservadurismo y su influencia en la sociedad y política estadounidense, nos remitimos a: M. Aguirre & P. Bennis, *La ideología neoimperial. La crisis de EEUU con Irak*, Barcelona, Icaria Mas Madera, 2003; S. George, “La fabricación del sentido común (o hegemonía cultural para principiantes)”, en Vanaik, A., *Casus Belli: cómo los Estados Unidos venden la guerra*, TNI ebooks, 2010, pp. 49-72.

⁵³ “[What we require is] a military that is strong and ready to meet both present and future challenges; a foreign policy that boldly and purposefully promotes American principles abroad; and national leadership that accepts the United States’ global responsibilities. “Of course, the United States must be prudent in how it exercises its power. But we cannot safely avoid the responsibilities of global leadership of the costs that are associated with its exercise. America has a vital role in maintaining peace and security in Europe, Asia, and the Middle East. If we shirk our responsibilities, we invite challenges to our fundamental interests. The history of the 20th century should have taught us that it is important to shape



El 11-S sirvió para respaldar e impulsar esta visión del mundo y del papel de EEUU en él. Tras los atentados, el presidente Bush no tardó en apelar a la extraordinaria virtud y decencia americana – a la que se contraponía la malevolencia extranjera –, abonando así el terreno para poder justificar la necesidad de declarar la guerra «al mal»⁵⁴. En el discurso histórico pronunciado en la Catedral nacional unos días después del 11-S, el presidente declaró que «vivimos momentos de intenso dolor. Pero nuestra responsabilidad ante la historia es evidente: responder a estos ataques y erradicar el mal del mundo»⁵⁵. Sin embargo, la justificación de la exportación de la visión americana mediante el uso de la fuerza también se pone de manifiesto en el documento *What we are Fighting For*, aparecido en el *Washington Post* el 12 de febrero de 2002 y firmado por intelectuales progresistas con, precisamente, Walzer a la cabeza. Aquí, la guerra para defender los valores americanos es una guerra justa y esta consideración vuelve desde el principio asimétrico cualquier conflicto, deslegitimando ineluctablemente todo adversario/enemigo que, frente al derecho absoluto a defender a la humanidad, se sitúa siempre en el territorio de la sinrazón.

Desde aquí, se estira la previsión internacional de la guerra de agresión como crimen hasta la jurídicamente inadmisibles identificación del agresor como sujeto sin derechos. Una vez más, se rebasa el significado de la norma, que establece la responsabilidad penal individual para quien desempeña una función decisiva en el acto de agresión, para responsabilizar colectivamente a todos los sujetos que participan de cualquier modo en la guerra, dejándolos fuera de la ley por haber sido transformado en *iniustissimus hostis* y convirtiéndolos en no-sujetos de derecho. Se considera a los individuos del otro bando no como individuos sino como agentes colectivizados, y se les responsabiliza no de aquello de lo que son individualmente responsables sino de su pertenencia al bando enemigo o agresor.

circumstances before crises emerge, and to meet threats before they become dire. The history of the past century should have taught us to embrace the cause of American leadership.” PNAC, “Rebuilding America’s Defenses. Strategy, Forces and Resources for the New American Century”, September 2010, <<http://www.informationclearinghouse.info/pdf/RebuildingAmericasDefenses.pdf>> (último acceso marzo 2015)

⁵⁴ B.R. Barber, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁵ “Our responsibility to history is clear (...): rid the world of evil”. George W. Bush, Remarks at the National Day of Prayer and Remembrance, at Episcopal National Cathedral New York. Disponible en <<http://www.americanrhetoric.com/speeches/gwbush911prayer&memorialaddress.htm>> (último acceso marzo 2015).



Guerra y seguridad: ¿una (in)oportuna confusión?

Estos son los efectos de la recuperación actual de la doctrina de la ‘guerra justa’, que desprecia la legalidad internacional en aras de una necesidad moral de intervención para defender incluso de forma preventiva ciertos valores universales. Tampoco debe ser casual el hecho de que el Grupo de alto nivel haya introducido en el Informe mencionado el requerimiento de razones morales para adoptar decisiones que legitimen el uso de la fuerza⁵⁶, reiterando que el Consejo de Seguridad debe autorizarlo por razones de buena conciencia (*as a matter of good conscience*)⁵⁷.

Si esto lo trasladamos al plano interno, llegamos al doble resultado de que el Estado se sirve de este paradigma bélico y belicista (que exhuma los argumentos morales de la doctrina de la ‘guerra justa’ para dismantelar el principio de igualdad de los beligerantes) para rescindir las garantías ordinaria del derecho penal (despojando al criminal/enemigo de toda protección legal: cualquier referencia a Guantánamo o al *Patriot Act* no es casual), a la vez que la explotación del paradigma penal (que estigmatiza al delincuente solapando a la infracción legal la marca de lo reprobable) confiere de forma encubierta una pátina represiva a la actuación bélica (que, de otro modo, necesitaría una justificación *contra legem*). Es un *feedback* perverso, y desde ese punto de vista muy rentable, el que se produce con esta transposición del derecho interno al derecho internacional: la re-alimentación recíproca entre el modelo bélico y el penal transmuta al otro Estado en entidad de inferior categoría jurídica en la dimensión internacional, a la par que en el plano interno convierte al autor del delito en sujeto ya no sometido a ese derecho penal que, lastrado por la arquitectura del Estado de derecho, pretende garantizarle ciertos derechos pese a la gravedad del delito cometido. En efecto, es engañosa la equiparación entre responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad penal del delincuente⁵⁸. Una equiparación que, basándose en un

⁵⁶ “La eficacia del sistema mundial de seguridad colectiva, al igual que la de cualquier otro ordenamiento jurídico, depende en última instancia no sólo de la legalidad de las decisiones sino también de que haya una idea común de que son legítimas y de que se adoptan sobre la base de pruebas sólidas y por buenas razones, tanto morales como jurídicas” (pár. 204).

⁵⁷ “(...) En particular, al decidir si ha de autorizar o no el uso de la fuerza, el Consejo debe aprobar y tener sistemáticamente en cuenta una serie de directrices convenidas que se refieran directamente ya no a si se puede usar legalmente la fuerza sino a si se debe usarla por cuestiones de conciencia y sentido común” (pár. 205). Véase M.J. Glennon, “Idealism at the N. U.”, *Policy Review*, N° 129 (2005).

⁵⁸ F. Bugnion, *op. cit.*



veredicto unilateral de indignidad moral, tiene como consecuencia la violación sin miramientos del derecho humanitario en los conflictos armados —el *ius in bello*— inadmisibles según el derecho internacional y, sin embargo, tranquilamente tolerada en aras de una seguridad asentada en la discriminación jurídica del enemigo que debe ser castigado cual delincuente. Estamos en las antípodas normativas del paradigma bélico y de su molde histórico occidental, su arquetipo, la madre de todas las guerras: Troya. En el Canto VII, para poner fin a la interminable pugna después de diez años, Héctor propone a los Aqueos que uno de ellos se bata con él en un duelo resolutorio que decidirá el éxito de la contienda. La suerte recae en Ayante Telamonio, el guerrero más fuerte de su bando después de Aquiles, y tras luchar todo el día sin que se dé un vencedor, al amontonarse las nubes de la noche, los heraldos de los dos ejércitos interrumpen las hostilidades para declarar que aun en la batalla es bueno obedecer a la noche. Los dos héroes acuerdan suspender la lucha por ese día y se entregan recíprocamente magníficos regalos, para que unos y otros digan «se batieron en disputa, devoradora del ánimo, y luego se separaron con amistad, pactando un amistoso acuerdo»⁵⁹.

Solo es una metáfora, qué duda cabe, pero es una alegoría que refleja admirablemente lo que se pretendía decir acerca de la imperiosa necesidad, no solo jurídica, de mantener el principio normativo de la igualdad de los beligerantes en el derecho de guerra. De lo contrario, la amalgama indistinta entre la responsabilidad internacional y la culpabilidad penal difumina totalmente la separación fundamental entre *ius ad bellum* y *ius in bello* y reduce al delincuente a una condición *infra*-jurídica, legitimada por la aplicación discriminatoria del derecho de guerra⁶⁰. Finalmente, el círculo diabólico alentado por la distorsión simplista del grito ¡guerra al terrorismo! produce mensajes de política criminal que han ido madurando en una opinión pública «traumatizada desde el 11-S y dispuesta, por ejemplo, a dar el sí al sacrificio de

⁵⁹ Homero, *Iliada*, Madrid, Gredos, 2014, p. 275.

⁶⁰ Esta criminalización del enemigo, al que se le niegan los derechos fundamentales que los tratados internacionales le reconocen, junto con la militarización de los procesos, en los que ya no se aplican ni las garantías procesales básicas —en virtud precisamente de su discriminación del individuo desde el plano moral—, habría dado lugar a lo que se conoce como “Derecho Penal del enemigo”. L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 17.



determinadas libertades civiles para contribuir al cerco a los terroristas y lograr derrotarlos»⁶¹. Nada es casual.

Es posible que después del 11S algo haya cambiado en la forma de afrontar la lucha contra el terrorismo. EL 11-S puso en crisis la ilusión de seguridad e invulnerabilidad del primer mundo, que experimentó a gran escala cómo su sistema de seguridad fallaba y cómo su territorio podía ser atacado sin recurrir a ningún tipo de armamento sofisticado⁶². La aplicación de esquemas bélicos en esta ‘nueva’ lucha, en la que no sólo se persigue reestablecer la añorada impresión de seguridad sino, además, la victoria total del enemigo⁶³, nos aboca inevitablemente a una situación de guerra permanente que frustra las aspiraciones pacifistas del propio sistema de Naciones Unidas, dejando abierto de manera indefinida el horizonte de la violencia en cualquier rincón del planeta⁶⁴. Esto ha generado una reiterada consideración según la cual la modificación ha repercutido en el paradigma de justificación del uso de la fuerza armada. La respuesta dada a los atentados del 11-S supone ciertamente una reubicación teórica de la cuestión de la seguridad⁶⁵, que ahora se sitúa en el epicentro de la política exterior, así como la identificación de un nuevo ‘enemigo total’, el terrorismo; un enemigo creíble que permite unir a opinión pública y gobernantes en torno a una misma convicción – en torno a un mismo miedo tal vez – y justificar así los grandes esfuerzos políticos y económicos destinados a mantener y aumentar la presencia militar en el extranjero⁶⁶.

⁶¹ M. Rodríguez Fouz, “Las voces del Imperio. Sobre la semántica de la justicia y del derecho a la guerra”, *Política y Sociedad*, 41 (2004), 3, p. 65.

⁶² A.I. Pérez Cepeda, *op. cit.*, pp. 283-285.

⁶³ En este caso, la victoria total consistiría en algo tan imposible como la extirpación del mal – encarnado ahora en el terrorismo-. Ferrajoli habla de la ilusión de la “derrota definitiva de la criminalidad” en L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 24; Rodríguez Fouz habla de la idea de “restaurar lo irrestaurable, esto es, la sensación de invulnerabilidad anterior al ataque de AQ” en M. Rodríguez Fouz, “Las voces del Imperio. Sobre la semántica de la justicia y del derecho a la guerra”, *cit.*, p. 65.

⁶⁴ En relación al sueño de la paz perpetua, puede verse, entre otros: H. Kelsen, *La paz por medio del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003; I. Kant, *Hacia la paz perpetua*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999; N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982. Sobre la ilusión de la idea de una seguridad absoluta, nos remitimos también a M. Rodríguez Fouz, “El desafío de la guerra. Democracia y violencia en la afirmación del orden mundial”, in *Las encrucijadas de la diversidad cultural*, CIS/Academia, Madrid, 2005, pp.225-251. No obstante, no se trata ni mucho menos algo novedoso, pues Rodríguez apunta acertadamente cómo tanto el objetivo de la victoria total como el horizonte de la amenaza permanente de la guerra fueron dos de los rasgos que ya caracterizaron en el siglo pasado el particular paisaje bélico de la “guerra fría”.

⁶⁵ J. Martínez de Pisón Cavero, *op. cit.*

⁶⁶ Kolko analiza la necesidad y la búsqueda constante de enemigos en la política exterior estadounidense desde la derrota del comunismo: “Tras la desaparición de la URSS, el gobierno



Estas nuevas circunstancias tienen como consecuencia una recuperación y reagrupamiento de ideas y discursos, pero ello no significa que estemos ante nuevos mecanismos o discursos de legitimación de las guerras, sino que en el fondo se trata de un discurso antiguo con un lenguaje actualizado⁶⁷. La identificación del terrorismo como el enemigo a exterminar y la división de los espacios del mundo basada en el esquema maniqueo del ‘o estás con nosotros o estás contra nosotros’, nos remite a la lógica schmittiana del amigo-enemigo, así como al discurso hungtingtoniano de la civilización contra la barbarie, recuperando por tanto categorías que están lejos de ser novedosas⁶⁸. Con el ‘nuevo’ enemigo redefinido, el autoerigido soberano mundial en el orden instaurado tras la Guerra Fría, decide ahora emplear el argumento de la seguridad para justificar la necesidad de eludir o incluso, en términos schmittianos, suspender la norma internacional – en este caso relativa al uso de la fuerza –⁶⁹. Tras el 11-S se empleará la bandera de la lucha contra el terrorismo y contra la inseguridad para tratar de cambiar las reglas de juego desarrolladas a lo largo del siglo XX, hasta el punto de poner en riesgo los avances del ordenamiento jurídico internacional en el uso de la fuerza y la regulación de los conflictos. El menosprecio al Consejo de Seguridad como garante de la paz y seguridad, y la desatención de los principios fundamentales contenidos en la Carta de Naciones Unidas, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos o en las Convenciones de Ginebra, se justifican, al fin y al cabo, a partir de la

estadounidense echaba en falta un enemigo creíble y concreto (...). En ausencia de un enemigo tal, EEUU estaba obligado a encontrar unas justificaciones más convincentes para sus políticas y acciones (...). En 1999 se presentó a Corea del Norte como el estado canalla más importante, y a partir de principios de 2001 y hasta el 11-S EE.UU. comenzó a situar a China como su principal enemigo, sin demasiado éxito. Hasta que el 11-s alteró los planes (véase pp. 131-143). En G. Kolko, *¿Otro siglo de guerras?* Barcelona, Paidós, 2003.

⁶⁷ J. Martínez de Pisón Caveró, “Los discursos sobre la guerra: de la seguridad nacional a la guerra anticipatoria. Un nuevo riesgo global”, en J. Martínez de Pisón Caveró, M. Urrea Corres (a cura di), *Seguridad internacional y guerra preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, Perla Ediciones, 2008, p. 63.

⁶⁸ C. M. Mina González, “La redefinición del enemigo político luego del 11-s-2001: un análisis desde la guerra y sus discursos”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38 (2008), 109, pp.363-384, p. 379.

⁶⁹ Soberano desde el punto de vista de Schmitt es quien decide sobre el Estado de excepción. Puede verse un análisis de la actual guerra global contra el terrorismo desde un enfoque schmittiano en M. Cuadro, “La guerra global contra el terror y el universalismo liberal: reflexiones mediante Carl Schmitt”, *Revista Relaciones Internacionales*, Número 22, febrero-mayo 2013, Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales-UAM, pp.109-125.



renovación de viejos argumentos realistas sobre la guerra⁷⁰ según los cuales quien tiene la capacidad para ejercer poder (en este caso, militar), lo ejercerá⁷¹.

Por otro lado, se recupera también como hemos señalado el argumento de la prevención que, de nuevo, no es ni mucho menos un argumento novedoso. Ni la preocupación por la seguridad nacional ni las estrategias de prevención son algo nuevo. Hace tiempo que en la política internacional en general y la estadounidense en particular se practican estrategias de prevención. La originalidad tal vez resida en el hecho de que nunca antes se había explicitado su justificación con tanta claridad como en el Documento de Seguridad Nacional de 2002. Como dice Barber: «la guerra preventiva tiene precedentes en la historia de las relaciones internacionales, pero su promulgación como documento oficial supone un distanciamiento radical respecto de las convenciones que rigen la estrategia norteamericana y las guerras en general»⁷². Al exponer la doctrina de la ‘guerra preventiva’ y ampliar los pretextos por los que los EEUU se consideran con derecho a emprender acciones militares, la ESN de 2002 se vio como un punto de partida, pero en realidad se hacía eco de discursos que se remontan a mucho antes en la historia⁷³. Se invocan ahora deberes morales y causas justas a la hora de legitimar intervenciones, desempolvando la vieja doctrina de la guerra justa y manifestando una superioridad moral que puede recordar a un discurso imperialista⁷⁴.

Desde nuestro punto de vista las razones puestas a fundamento de las ‘nuevas guerras’ y de la ‘guerra contra el terror’, lejos de ser novedosas o de moverse por una pendiente resbaladiza, más bien han legitimado, aprovechando la emotiva ola de

⁷⁰ J. Martínez de Pisón Cavero, *op. cit.*, p. 67.

⁷¹ Para el realista, el poder es una cuestión de hecho, y quien tiene la posibilidad de ejercerlo, no sólo es difícil que se resista a ejercerlo, sino que debe ejercerlo. Este es el discurso de EEUU cuando apunta a su capacidad militar y a su condición de potencia mundial autoerigida como guardián del orden internacional para argumentar su responsabilidad (deber moral) de intervenir. Véase Bobbio y su clasificación de discursos sobre la guerra en “realistas”, “fanáticos” y “fatalistas”. N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit.

⁷² B.R. Barber, *op. cit.*, p. 78.

⁷³ A. Vanaik, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁴ Porque ¿de qué habla EE.UU cuando invoca “la justicia”, “la democracia” o “la libertad”? ¿No es este lenguaje la expresión de una vieja prepotencia moral bajo la forma de un nuevo mandato: acabar con el terrorismo? M. Rodríguez Fouz, “Las voces del Imperio. Sobre la semántica de la justicia y del derecho a la guerra”, cit. Para Michael Kare, estaríamos ante un discurso imperialista que ha encontrado en el 11-S la fórmula perfecta para aplicar sin paliativos los programas más ambiciosos de su política expansiva. M. Klare, “Los verdaderos planes de George Bush”, in L. Bimbi (editora), *No en mi nombre. Guerra y Derecho*, Madrid, Trotta, 2013, pp.63-72.



indignación, el retorno a mecanismos medievales, discursivos y normativos, que justifican la guerra con argumentos anteriores a las tesis de Francisco de Vitoria⁷⁵. De hecho, la sistematización escolástica de la doctrina de la ‘guerra justa’ realizada por Tomás de Aquino⁷⁶ es básicamente deudora de la *Concordia discordantium canonum*, conocida como *Decreto de Graciano* (1879), en la que el maestro precisa los requisitos fundamentales del *bellum iustum* a partir de la tradición patristica de autores como Agustín de Hipona, Ambrosio, Ivo de Chartres e Isidoro de Sevilla. Lo hace en la Causa XXIII en la que afronta el tema del recurso a la violencia y, por tanto, a la guerra. Sin embargo, en lugar de discutir el asunto en el ámbito de las relaciones internacionales, en la Causa XXIII Graciano trata un caso de herejía en el que han incurrido algunos obispos, que han intentado involucrar a los fieles de las regiones cercanas. Destaca su represión por parte de la Sede Apostólica, que ha ordenado a los demás obispos defender de la herejía a sus fieles y reconducir a los hereéticos hacia la fe originaria con todos los medios a su disposición. En principio, como puede verse, este tipo de acción se asemeja más a una actuación policial (con la que se aplican sanciones punitivas dentro de una comunidad organizada) que a un acto de guerra en sentido clásico⁷⁷. Y sin embargo, ha constituido el fuste de la doctrina medieval del *bellum iustum*, que el *ius publicum europaeum* desterrará del derecho internacional moderno utilizando como canon jurídico de referencia para la guerra el derecho civil y el proceso civil, conforme al cual ambas partes esgrimen una pretensión legal argumentada sin que nadie pueda tener razón *a priori*, pues el objeto de la controversia civil contrapone a dos sujetos situados en el mismo nivel, a diferencia del modelo procesalista penal en el que hay un sujeto acusado y un sujeto público – el Estado – que representa a una colectividad perjudicada⁷⁸. Aun con todas las dificultades que puede entrañar, este planteamiento

⁷⁵ F. de Vitoria, *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, III tomos, edición de L. G. Alonso Getino, Madrid, Publicaciones de la asociación Francisco de Vitoria, 1933-35.

⁷⁶ Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, Biblioteca de autores cristianos, tomo VII, Madrid, 1959.

⁷⁷ El hecho de que para Graciano y sus contemporáneos este tipo de acciones sea calificado como guerra, se debería a que se enmarca en un contexto de uso de la fuerza armada, prescindiendo del *status* legal de las partes en conflicto, pues tanto el término *guerra* como *war* derivarían del germánico *werran*, que significa “llevar a la confusión”. G.M. Reichberg, H. Syse & E. Begby (eds.), *The Ethics of War. Classic and Contemporary Readings*, Oxford, Blackwell, 2006, p. 105.

⁷⁸ Hay quien sostiene que el acontecimiento de la guerra provoca la salida de la controversia del ámbito jurídico; así, Federici sostiene que el bélico no es un derecho procesal y que “solo sistemas excesivamente arcaicos y basados en la superstición pueden creerlo”. En este sentido, por ejemplo, la



‘civilista’, basado en el principio del contradictorio y la igualdad de los beligerantes, apunta a una *forma mentis* también más civilizada de la guerra. En conclusión, no parece que el rebote entre el paradigma policial y el paradigma bélico sea exclusivo del mundo post 11-S, ya que la propia elaboración escolástica sobre la guerra arranca de la disolución de lo penal en lo bélico en el planteamiento de un monje camaldolense que durante la primera mitad del siglo XII había recopilado las fuentes del derecho canónico. Volvemos pues a la *Respublica christiana*, a la concepción del Sacro Imperio Romano, en el que si no se comparte la misma fe se es excomulgado, esto es, expulsado de la organización política y donde el poder es *legibus solutus* al tener un origen divino. A veces se nos puede presentar razonablemente la sospecha de que a través de la reavivada mezcolanza entre derecho penal interno y derecho internacional, representada en su punto álgido por la teoría de la legítima defensa preventiva, se aspire a resucitar aquella época en la que la autoridad política era ejercida eficazmente sin las enojosas ataduras impuestas por el cumplimiento de las normas⁷⁹.

Roger Campione
Public University of Navarre
roger@unavarra.es

Ana Aldave Orzaiz
Public University of Navarre
anaisabel.aldave@unavarra.es

declaración de guerra no sería un acto jurídico como un recurso o una denuncia, sino una amenaza o una declaración de querer resolver la disputa con medios antijurídicos. Incluso normas de derecho humanitario como las que regulan los uniformes o las señas de reconocimiento no concernirían el *ius in bello* en cuanto no van dirigidas a resolver la controversia sino a limitar los efectos trágicos de la guerra. R. Federici, *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, 3ª ed., Nápoles, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 58 ss.

Sin embargo, en nuestra opinión, por todo lo que se ha argumentado hasta ahora, la aplicación de las normas procesales, al margen de las razones extrajurídicas esgrimidas por las partes contendientes, constituye precisamente la posibilidad más realista de atemperar los excesos de las guerras.

⁷⁹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER2013-47425-R (“La guerra y sus justificaciones. Tendencias y problemas actuales”) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por Roger Campione.