DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y TERRORISMO
Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente

Francisco Jiménez García

Profesor Titular Derecho Internacional Público, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

SUMARIO: I. Introducción: las tensiones dialécticas en la lucha contra el terrorismo. II. ¿Existe una definición internacional de terrorismo? El obsesionante y justificado problema de la definición de terrorismo internacional 2.1. Una aproximación doctrinal a la definición de terrorismo 2.2. La ausencia de definición convencional universal y la presencia de la "criminalización consuetudinaria" del terrorismo internacional III. La evolución histórico-normativa del terrorismo 3.1. El desarrollo convencional: del éxito sectorial y regional al fracaso convencional universal. 3.2. La novedosa práctica institucional en la lucha contra el terrorismo: la función "legislativo-reglamentaria" del Consejo de Seguridad 3.3. La reticente codificación internacional penal del terrorismo ¿una imposibilidad coyuntural? IV. El terrorismo como crimen contra la humanidad 4.1. Terrorismo como crimen de guerra o de lesa humanidad en conflicto armado 4.2. Terrorismo como crimen de lesa humanidad. La doble tipificación nacional: terrorismo y crimen de lesa humanidad como delitos diferentes con fundamentación internacional común V. Consideraciones finales.

I. Introducción: las tensiones dialécticas en la lucha contra el terrorismo

Los actos de terrorismo y su represión han presentado una vinculación muy estrecha, inextricable, con el origen y desarrollo del Derecho internacional penal, hasta tal punto que a nadie sorprendería que se invirtieran los términos del título y éste pasara a denominarse "terrorismo y Derecho internacional penal". Es más, un examen de la evolución histórica de estos conceptos exigiría tal planteamiento, pues si el fenómeno del terrorismo como tal tiene su origen en el siglo XVIII, sólo muy recientemente se puede hablar de Derecho internacional penal como un sistema jurídico internacional autónomo o autosuficiente, incluso se puede decir que este ordenamiento está en proceso de consolidación como sistema jurídico completo. A tal efecto y en atención al desarrollo estatutario y jurisprudencial de los últimos años del ordenamiento internacional penal, se ha reseñado que éste, aunque con especial referencia a los crímenes de lesa humanidad, ha entrado en una fase post-ontológica o de *des-historicización* en la que lo revelante será la configuración progresiva de los elementos que integran su definición atendiendo a la realidad socio-histórica y jurídico-formal vigente en el momento de la comisión y del enjuiciamiento del acto criminal más que a las tradiciones históricas o primigenias de las categorías penales aplicables[1]. Se ha

[1] Como ha indicado G. Mettraux respecto a las decisiones de los Tribunales penales internacionales "their decisions lave gove a long way in liberating legal concepts such as genocide and crimes againts humanity from the historically charged circumstances under which they were born" ("Crimes against Humanity in

producido la conceptualización del ordenamiento internacional penal pero, por el momento, no se ha procedido de forma plena a su sistematización, mientras que, por el contrario, la normativa antiterrorista presenta más rasgos de sistematización que de conceptualización. Y en este proceso de codificación del Derecho internacional penal, y seguramente en su futura sistematización plena, los desarrollos normativos destinados a la lucha contra el terrorismo, tanto los pasados como los más inmediatos, han desempeñado y desempeñan un importante papel de movilización y cristalización, hasta tal punto que principios nucleares del Derecho internacional penal, como el principio de responsabilidad penal individual y el de persecución universal, encuentran parte de su "legalidad y legitimidad internacional" (la inductiva *opinio iuris sive necesitatis*) en los distintos convenios y actos institucionales antiterroristas que se han sucedido hasta nuestros días.

No obstante paradójicamente (aunque no incomprensiblemente), el terrorismo como crimen internacional autónomo ha quedado fuera, al menos nominalmente, del sector más representativo del actual Derecho internacional penal, de los Estatutos que regulan la competencia material de los Tribunales penales internacionales, en particular, del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El motivo, como ha indicado un especialista en la materia, se encuentra no tanto en la ausencia de una definición jurídica de terrorismo como en la falta de acuerdo o consenso en la excepción personal a la misma[2], esto es, la exclusión de esta categoría criminal de las actuaciones armadas de los movimientos de liberación nacional en el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos o las actuaciones armadas de los Estados en el ejercicio de las funciones de seguridad y protección derivadas de su soberanía como derecho y obligación, situaciones cuyo estatuto jurídico aparece en gran medida (aunque no totalmente) regulado por el Derecho internacional humanitario, pero que los actores implicados han querido expresa y denodadamente excepcionar del marco normativo de la lucha contra el terrorismo para evitar cualquier contaminación que los deslegitime, a

---

the jurisprudente of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda", *HILJ* 2002-1 p.240). Vid. también J. Vives Chillida, "La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad", en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2003*, Servicio Editorial UPV, Bilbao 2004 p.383.

[2] A. Casssese, "Terrorism as an international crime", en *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, A. Bianchi (Ed.), Oxford and Portland Oregon, 2004, p.214. Sobre las distintas propuestas relativas a la definición o no de terrorismo en el Proyecto de convenio general sobre terrorismo vid. B. T. van Ginkel "The United Nations: towards a comprehensive convention on combating terrorism" en *Confronting Terrorism. European Experiences, Threat Perceptions and Policies*, M.van Keeuwen (Ed.), Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2003, pp.207-225.

pesar de que social y normativamente está admitida la existencia de terrorismo de Estados y de actos terroristas llevados a cabo bajo el lema de la libre determinación de los pueblos[3].

Hay acuerdo sobre qué actividades pueden ser calificadas como terroristas, pero no sobre si todas estas actividades en cualquier caso y en cualquier circunstancia han de ser calificadas como terroristas, pues, como han indicado algunos autores, si bien el terrorismo aparece como un fenómeno que preocupa a todos los Estados, no todos los Estados están preocupados por el mismo fenómeno[4]. Por otro lado, la retórica del "terror" nunca es inocente, pues con ella se persigue siempre específicos objetivos políticos. La presentación y calificación de ciertas actividades o grupos como terroristas en ocasiones se formulan como una estrategia para eliminar cualquier tipo de debate o análisis de la situación en que se producen las actividades de violencia así como para deslegitimar de antemano la postura adversa. De ahí que se haya señalado que, a menos que evitemos la utilización de un lenguaje emotivo en la descripción de las circunstancias, acciones y tendencias presentes en los conflictos donde se desarrollan actividades terroristas, corremos el riesgo de multiplicar considerablemente la violencia terrorista en el mundo situándonos más allá de resoluciones justas y pacíficas a

[3] La Comunidad Europea tradicionalmente ha defendido ante las Naciones Unidas que en la lucha contra el terrorismo hay que evitar las generalidades y concentrarse en actos de terrorismo concretos mediante la adhesión a los distintos convenios internacionales antiterroristas ya existentes. Por ello no ha considerado de gran utilidad la necesidad de aportar una definición de terrorismo, más cuando ésta aparece asociada a la lucha de los pueblos por la liberación nacional, pues sólo se contribuye a perpetuar el concepto erróneo de que existe una vinculación entre el terrorismo y el ejercicio del derecho de libre determinación. Si bien las principales características del terrorismo son lo suficientemente conocidas, la definición del terrorismo presenta dificultades insuperables, pues los intentos de llegar a un acuerdo sobre una definición no sólo probablemente fracasarían sino que pueden comprometer lo ya obtenido. Cfr. las intervenciones en nombre de la Comunidad Europea de España (A/46/456), Países Bajos (A/46/346/Add1), Grecia (A/49/257). Más recientemente el Secretario General de las Naciones Unidas ha destacado que "ya es hora de dejar de lado los debates sobre el denominado "terrorismo de Estado". El uso de la fuerza por los Estados está ya totalmente reglamentado por el derecho internacional. Y el derecho a resistir a la ocupación debe entenderse en su auténtico significado. No puede incluir el derecho a asesinar o mutilar deliberadamente a civiles. Hago plenamente mío el llamamiento del Grupo de alto nivel para que se adopte una definición de terrorismo que deje claro que, además de las acciones ya prohibidas por las convenciones existentes, constituye terrorismo toda acción encaminada a causar la muerte o un grave daño corporal a civiles o no combatientes con el fin de intimidar a la población u obligar a un Gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer alguna cosa. Creo que esta propuesta tiene una fuerza moral clara e insto encarecidamente a los dirigentes mundiales a unirse para sostenerla y concertar un convenio general sobre el terrorismo antes del final del sexagésimo período de sesiones de la Asamblea General" (Vid. *Un concepto más amplio de libertad, desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos,* A/59/2005, par.91).

[4] J. Patrnogic y Z. Mériboute, "Terrorisme et Droit International. Quelques réflexions générales", *Etudes Polemologiques*, 38, 1986, p.134, citado por J. Alcaide Fernández, *Las Actividades Terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 43.

problemas políticos acuciantes[5]. Se plantea un inconveniente en el sentido de que los aspectos de legalidad se entremezclan con los planteamientos de legitimidad –acentuado por las características jurisdiccionales del Derecho internacional incapaz de someter a los Estados de forma obligatoria a los tribunales de justicia frente a la actuación internacional de la jurisdicción penal individual– lo que crea una cierta falta de unidad y de coherencia e, incluso, de opacidad en el sistema jurídico internacional que, como todo ordenamiento normativo, pretende evitar lagunas jurídicas mediante la identificación y resolución de los problemas que son objeto de su consideración[6]. De ahí que algún sector de la doctrina haya abogado porque no se excluya de antemano ningún comportamiento en virtud del elemento subjetivo de la atribución de la responsabilidad internacional, sino que, como ocurre en el Derecho interno, nos atengamos a la calificación objetiva del acto de terrorismo como un crimen agravado cuyo desvalor no queda cubierto por la remisión a las violaciones graves del Derecho humanitario, de los Derechos humanos o a otras categorías de crímenes internacionales como la agresión[7]. La entidad criminal de los actos terroristas y el bien jurídico protegido por la norma internacional que los proscribe no quedan totalmente subsumidos ni amparados mediante su remisión a uno o varios de los supuestos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad previstos, por ejemplo, en los respectivos Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales. Como ha sido resaltado, la complejidad y la gravedad del fenómeno terrorista exige que se reprima no sólo el crimen como resultado de la empresa criminal sino también la empresa en sí misma, es decir, a todos aquellos que

[5] Cfr. T. Kapitan, "The terrorism of «terrorism»", en *Terrorism and International Justice*, J. P. Sterba (Ed.), Oxford, New York, 2003, pp.47-68, en particular, pp.47-48.

[6] Resulta de especial interés en este sentido las reflexiones de J. Alcaide Fernández, *Las Actividades Terroristas…., op.cit.*, pp. 43-83. J.M. Sorel ha destacado, con razón, que el terrorismo no ha dejado de navegar sobre la cresta de la ambigüedad presentándose bajo múltiples formas que han ido desde el carácter revolucionario y místico del terrorismo a su carácter desestabilizador de democracias y destructor de derechos humanos y libertades fundamentales, provocando la pérdida de la visibilidad de esquemas clásicos en materia de relaciones internacionales sobre todo por la disminución de los conflictos interestatales que han sido desplazados por conflictos multiformes, internos o transnacionales, que escapan de la codificación clásica y de las reglas de la coexistencia pacífica entre Estados (cfr. J. M. Sorel, "Existe-t-il une definition universalle du terrorisme?", en *Le Droit International Face au Terrorisme*, Cedin Paris nº 17, 2002, pp.38-40).

[7] Relacionado con el terrorismo de Estado, vid. M. G. Kohen, "Les controverses sur la question du «terrorisme d'Etat»", *Le Droit International Face au Terrorisme*, Pedone, Paris, 2002, pp.83-94 y A. Pellet, "La responsabilité des dirigeants pour crime international de l'etat. Quelques remarques sommaires au point de vue de Droit international", en *Terrorisme, Victimes et Responsabilité pénale international*", Calmann-Lévy, 2003, pp. 403-415.

han permitido, de cerca o de lejos, la comisión del crimen y mantienen viva la amenaza de un nuevo atentado terrorista sobre la sociedad[8].

En la actualidad, tal planteamiento de que los terroristas son los otros persiste, hasta tal punto que sigue constituyendo el motivo principal que imposibilita la aprobación del convenio general sobre terrorismo en el marco de las Naciones Unidas. Pero a tal planteamiento se ha añadido otro elemento perturbador relativo a la desazón y confusión que ha provocado en la opinión pública las tensiones dialécticas derivadas de la actual lucha contra el terrorismo internacional o global simbolizadas en el binomio, para unos disyuntivo para otros conciliador, *seguridad-libertad*. Así, por un lado, existe el convencimiento internacional sobre la necesidad de avanzar en la lucha contra el terrorismo de forma firme y consensuada. Prueba de ello es el insólito nivel de progreso alcanzado por la legislación antiterrorista, tanto desde la perspectiva de los sistemas de producción y los procesos de creación normativos (universal, regional y nacional así como convencional e institucional), como desde la perspectiva de los distintos factores implicados en la lucha contra el terrorismo (tipificación criminal, cooperación policial y judicial internacional, control de la financiación, del tráfico ilícito de armas y de la delincuencia organizada, creación de mecanismos internacionales de control…..)[9]. Incluso podríamos afirmar que dentro de los crímenes internacionales, el terrorismo es el que presenta una estructura jurídica más completa, incluso alterando determinados esquemas tradicionales o innovando mediante la inclusión de cláusulas como la de solidaridad del Tratado Constitucional de la Unión Europea[10]. Desde el punto de vista jurídico y como consecuencia del anterior desarrollo, el terrorismo se ha convertido en una hidra, en un magma en el que han convergido la mayoría de los temas de Derecho internacional y durante un período de tiempo ha marcado la agenda normativa de numerosas instituciones internacionales y nacionales.

A lo anterior se ha de añadir el indiscutido consenso internacional, expresado en las últimas resoluciones imperativas del Consejo de Seguridad y en las consuetudinarias

[8] En tal sentido, C. Tournaye, "L'apport des Tribunaux *ad hoc* por la répression du terrorisme ", en *Terrorisme, Victimes et Responsabilité Pénale Internationale*, Calmann-Lévy, 2003, p.430.

[9] Para un examen de la normativa internacional adoptada vid. *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlanctic Dialogue*, C. Fijnaut, J. Wouters y F.Naert (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004.

[10] Se trata de la primera cláusula convencional que prevé la reacción colectiva ante un ataque terrorista. Vid arts. I-43 y III-239 de la Constitución Europea. Sobre esta cláusula vid. A. Pastor Palomar, "La cláusula de solidaridad y su aplicación", en *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro III, E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.1510-1520.

de la Asamblea General, de que el terrorismo va contra los principios y propósitos de las Naciones Unidas y constituye una amenaza para la paz y seguridad internacionales, sin que en ningún caso pueda justificarse por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales o de otra índole. En esta dirección se ha destacado que "en esta época de creciente internacionalización e interdependencia, los aspectos nacionales e internacionales del terrorismo no son más que dos facetas del mismo fenómeno social peligroso que inciden en los intereses de todos los Estados, no sólo como una agresión contra su orden público y contra las instituciones que protegen la vida, la libertad, la dignidad y la seguridad de sus ciudadanos sino también como un serio peligro para las relaciones y la cooperación pacíficas a nivel internacional"[11]. Por esta razón, las Naciones Unidas está elaborando una estrategia global en la lucha contra el terrorismo que en palabras de su Secretario General, expresadas en la *Cumbre de Madrid sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad*, se compone de "cincos des": **disuadir** a los grupos descontentos de elegir el terrorismo como táctica para alcanzar sus objetivos; **dificultar** a los terroristas el acceso a los medios para llevar a cabo sus atentados; hacer **desistir** a los Estados de prestar su apoyo a los terroristas; **desarrollar** la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y **defender** los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo[12].

Pero en el armazón de este convencimiento, se ha filtrado la desconfianza suscitada por los abusos de los Estados en su lucha contra el terrorismo que les ha conducido, no sólo a embarcarse en guerras ilegales contra Estados que no presentaban conexiones directas con el terrorismo, sino a modificaciones legislativas que relativizan

---

[11] Vid. Segundo Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas, Sra.Koufa, sobre terrorismo y derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/1999/27, par.37. Vid. Sobre esta cuestión R. H. Kupperman y D. M. Trent, *Terrorism: Threat, Reality, Response*, Stanford, California, Hoover Institution Press, 1979, págs. 140 y 141, y O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, M. Nijhoff Publishers, 1991, pág. 163. Por su parte, el Secretario General de las Naciones Unidas, K. Annan, afirmaba en la *Cumbre Internacional sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad* celebrada en Madrid (8-11 de marzo de 2005) que "el terrorismo es una amenaza para todos los Estados y todos los pueblos que puede materializarse en cualquier momento y en cualquier lugar. Es un ataque directo a los valores básicos que propugnan las Naciones Unidas: el Estado de derecho; la protección de la población civil; el respeto recíproco entre las personas de diferentes religiones y culturas; y la resolución pacífica de las controversias". De ahí que resulte difícil concebir un terrorismo estrictamente nacional, aun cuando los convenios antiterroristas excluyen de su aplicación el "terrorismo nacional", esto es, cuando el delito se *haya cometido en un solo, el presunto delincuente y las víctimas sean nacional de ese Estado, el presunto culpable se halle en el territorio de Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer su jurisdicción* (art.3 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997 y del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo de 1999).

[12] Cfr. http://spanish.safe-democracy.org/conferencias/una-estrategia-mundial-de-lucha-contra-el-terrorismo.html.

o eliminan derechos y libertades garantizados por el propio Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho humanitario y avalan el resurgimiento de un peligroso "derecho penal del enemigo" en el que el presunto terrorista, en la medida en que pretende alterar el orden constitucional del que se ha dotado la comunidad, no tendría la consideración de ciudadano titular de los derechos inherentes a la misma (incluso sería despojado de la condición normativa de persona). Estaríamos ante un derecho esencialmente prospectivo, anticipatorio y desproporcionado que tendría como principal función la eliminación de todo peligro que amenazara la seguridad y vigencia del ordenamiento jurídico[13].

Esta situación ha compelido a la Comunidad internacional a elaborar su propia estrategia de autoafirmación y legitimación consistente en proclamar y reiterar la obligación que tienen los Estados y demás sujetos de Derecho internacional de respetar los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Desde el ámbito nacional, resultan significativas la Sentencia dictada el 28 de junio de 2004 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *RASUL et al. v. BUSH*, aún cuando sólo sea porque declara la jurisdicción norteamericana sobre la Base de Guantánamo[14] –sin olvidar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su decisión sobre medidas cautelares de 12 de marzo de 2002, procedió a pedir a los Estados Unidos que un tribunal competente determinara el estatus jurídico de los detenidos en Guantánamo[15]–, así como la Opinión de la Cámara de los Lores de 16 de diciembre de 2004 que estima que la normativa antiterrorista británica que autoriza las detenciones gubernamentales indefinidas de extranjeros sospechosos de terrorismo es contraria a los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950[16]. Desde el ámbito internacional, hay que destacar el *Informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el terrorismo* creado por el

[13] Sobre este particular, vid. G. Jakobs y M. Cancio Melia, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas Madrid, 2003; L. Gracia Martín, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «derecho penal del enemigo»" en *RECPC* nº 7 vol.2, pp.1-43 (http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf)

[14] http://supct.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html

[15] http://www.cidh.oas.org/medidas/2002.sp.htm

[16] La decisión puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://hrw.org/europe/121604lawlords.pdf. Sobre esta cuestión resulta de interés la Opinión del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, A. Gil Robles, sobre la derogación del art.5, par.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos adoptada por el Reino Unido en 2001 (Avis 1/2002) (http://www.coe.int/T/f/commissaire_d.h/unit%E9_de_communication/documents/CommDH(2002)7_F.asp#TopOfPage)

Secretario General[17], las *Líneas directrices sobre derechos humanos y la lucha contra el terrorismo*, aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de julio de 2002[18], así como el *Informe sobre terrorismo y derechos humanos* presentado el 22 de octubre de 2002 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[19] o la reciente aprobación por parte del Secretario General de la propuesta de designar a un relator especial que informe a la Comisión de Derechos Humanos sobre la compatibilidad de las medidas de lucha contra el terrorismo con los instrumentos internacionales de derechos humanos[20]. Incluso estas proclamas se han producido desde ámbitos científicos privados, como es el caso de la Declaración de Berlín sobre la defensa de los derechos humanos y el estado de derecho en la lucha contra el terrorismo, adoptada el 28 de agosto de 2004 por la Comisión Internacional de Juristas[21].

II. ¿Existe una definición internacional de terrorismo? El obsesionante y justificado problema de la definición de terrorismo internacional.

Como descriptivamente ha destacado la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre terrorismo y Derechos humanos, Sra. Koufa, nos encontramos ante el obsesionante problema de la definición del terrorismo para aclarar lo que es y lo que no es terrorismo y, sobre todo, para despejar si en la actualidad el término terrorismo tiene

[17] Doc. A/57/273-S/2002/875. Es una constante en las distintas y últimas resoluciones de los órganos principales de las Naciones Unidas, en particular de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, recordar y reafirmar que los Estados deben cerciorarse y velar por que toda medida adoptada para luchar y combatir el terrorismo se ajuste y esté en consonancia con las obligaciones que les incumbe con arreglo al Derecho internacional, en particular las normas internacionales relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario. Vid. al respecto la Resolución 58/187 de la Asamblea General y la Resolución 1566 (2004), de 8 de octubre, del Consejo de Seguridad, así como el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2004 sobre la "Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo" (A/59/428). En este último Informe se concluye que "los mecanismos de derechos humanos y los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, así como la Alta Comisionada para los Derechos Humanos han contribuido a aclarar los fundamentos de los derechos humanos a nivel internacional sobre los que deben basarse las medidas antiterroristas. Ello incluye el pleno respeto de los principios de la necesidad y la proporcionalidad en todo momento, de la imposibilidad de suspender determinados derechos incluso durante una emergencia nacional y de la función de los tribunales y las instituciones nacionales de derechos humanos de garantizar la compatibilidad de las medidas nacionales contra el terrorismo con las obligaciones nacionales e internacionales en materia de derechos humano".

[18] http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf(2002)8eng.pdf

[19] OEA/Ser.L/V/11.116. El texto puede consultarse en http://www.oea.org.

[20] Vid. "Una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo", *Cumbre de Madrid sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad*, en http://spanish.safe-democracy.org/conferencias/una-estrategia-mundial-de-lucha-contra-el-terrorismo.html.

[21] http://www.icj.org/news.php3?id_article=3528?=es

un significado jurídico especifico[22]. Si bien es verdad que desde el punto de vista tradicional de la cooperación internacional no es tan relevante una definición concluyente del concepto jurídico de terrorismo, no se puede decir lo mismo desde la perspectiva del Derecho internacional penal, uno de cuyos principios básicos es el de la legalidad penal plasmado en la máxima *nullum crimen sine lege* que, conforme al artículo 22 del Estatuto de Roma, significa que nadie será penalmente responsable ante la instancia judicial internacional competente a menos que la conducta de que se trate esté tipificada, en el momento en que tiene lugar, como un crimen internacional. Además, tal principio exige que la definición del crimen sea interpretada estrictamente sin que pueda hacerse extensiva por analogía y que, en caso de ambigüedad, sea interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

2.1. Una aproximación doctrinal a la definición de terrorismo.

Desde el punto de vista doctrinal[23], el profesor J.A. Carrillo Salcedo, junto con el profesor Frowein, afirmaba en 1988 que no era indispensable ni útil elaborar una teoría general sobre terrorismo, sino reflexionar sobre las respuestas del Derecho internacional y sobre la mejor adecuación posible de las reglas internacionales a los problemas planteados por las actividades terroristas. Estos autores prefieren referirse a las actividades terroristas entendidas como la utilización sistemática de la muerte y de la destrucción así como la amenaza a recurrir a ella, para aterrorizar a los individuos, los grupos, comunidades o los gobiernos y forzarles a realizar concesiones en favor de los

---

[22] Informe Final, "Cuestiones concretas de derechos humanos: nuevas prioridades, en particular el terrorismo y la lucha contra el terrorismo", E/CN.4/Sub.2/2004/40 de 25 de junio de 2004. Acerca del debate en la Subcomisión, vid. el Informe de la Relatora especial de 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/31, par.25-31. R. Higgins señalaba no hace mucho que carecía de este significado jurídico y que se trataría de una mera noción compilatoria que cubría una serie de conductas concretas proscritas convencionalmente (cfr."The general international law of terrorism" en *Terrorism and International Law*, R. Higgins y M. Flory (Eds.), 1997, p.27.

[23] Sin pretensiones de exhaustividad vid.: J.A. Carrillo Salcedo/J.A. Frowein, *Les Aspects Juridiques du Terrorisme International/The Legal Aspects of International Terrorism*, Centre d'Étude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp.20-21; R. Higgins, "The general international law of terrorism", *loc.cit.*, pp.13-28; C. Ramón Chornet, *Terrorismo y Respuesta de Fuerza en el Marco del Derecho Internacional*, Valencia, 1993; J. Alcaide Fernández, *Las Actividades Terroristas…..,op.cit*, pp.43-74; J. M. Sorel, "Existe-t-il une definition universalle du terrorismo?", *loc.cit.*, pp.67-68; E. Hugues, "La notion de terrorismo en droit international: en quête d'une définition juridique", *JDI* 2002, pp. 753-763; G. Doucet, "Terrorisme: Recherche de défintion ou dérive liberticide", en *Terrorisme, Victimes et Responsabilité Pénale International*, Calmann-lévy; 2003, pp.389-400; Ch. Walter, "Defining terrorism in nacional and international Law", (http://edoc.mpil.de/conference-on-terrorisme/index.cfm); P.Weiss, "Terrorism, Counterterrorism and International Law", 29 march 2002 (en http://www.tni.org/archives/weiss/terrorism.htm); J. M. Lutz and B. J.Lutz, *Global Terrorism*, Routledge, London/New York, 2004, pp.8-22.

objetivos de los terroristas. Concluyendo que, por esta razón, el terrorismo es por su objeto eminentemente criminal[24]. No se trata sólo de una posición doctrinal, sino de una opción normativa que es asumida, por ejemplo, por la Convención interamericana contra el terrorismo de 2002[25], así como por el Proyecto de Convenio para la prevención del terrorismo aprobado en segunda lectura el 14 de febrero de 2005 por el Grupo de Expertos sobre terrorismo (CODEXTER) designado por el Consejo de Europa, que no definen lo que es el terrorismo y optan por la técnica indirecta del reenvío a las actividades terroristas previstas en lo tratados internacionales antiterroristas que aparecen incorporados en una lista anexa. El Proyecto de Convenio del Consejo de Europa en su Preámbulo recuerda, desde una perspectiva sociológica, que los actos terroristas, por su naturaleza o contexto, tienen como objetivo intimidar gravemente a la población, u obligar indebidamente a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo o gravemente desestabilizar o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional[26]. Esto es, la definición comúnmente aceptada en estos momentos por la Comunidad internacional y recogida en el Proyecto de Convenio General sobre terrorismo de las Naciones Unidas.

Por su parte, J. M. Sorel, indica que para una definición aceptable, es necesario distinguir el terrorismo (el "hecho", la actitud ilícita) de los actos terroristas (los "métodos", que serán calificados de terroristas si su objetivo es crear terror). Sólo cuenta el efecto del acto que condiciona el "hecho" terrorista porque el acto en sí mismo puede ser asimilado a una infracción de derecho común (asesinatos, atentados contra los bienes, secuestros, tortura…). Es igualmente necesario establecer la ilicitud de este hecho en función a un orden público para evitar su invocación en un período de opresión. Conforme a estas precisiones, define el terrorismo internacional como un acto ilícito, cualquiera que sea su autor o su motivación, que crea una perturbación del orden público definido por la Comunidad internacional mediante la utilización de violencia grave e indiscriminada bajo diversas formas contra las personas o bienes públicos o

[24] J. A. Carrrillo Salcedo, *op.cit.* pp.21-22.

[25] http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-66.html

[26] CODEXTER (2004) 27 rev 6. Estrasburgo 14 de febrero de 2005 (http://www.coe.int/gmt). Según indican este párrafo describe los fines sociológicos del terrorismo y no provee elementos sustanciales que se añadan a las condiciones requeridas por los arts. 1 y 4 a 7.

privados con el fin de crear un clima de terror mediante la coacción[27]. Esta sería la línea elegida por la más reciente práctica normativa antiterrorista.

En el Informe anteriormente citado sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002 presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se indica que el hecho de que el terrorismo "no posea, *per se*, un significado concreto dentro del derecho internacional no significa que constituya una forma de violencia indescriptible o que los Estados no estén sometidos a restricciones, en el marco del derecho internacional, en la configuración de sus respuestas a esa violencia". Al contrario, estima que es posible enumerar varias características, frecuentemente asociadas con los incidentes terroristas, que ofrecen parámetros suficientes para que los Estados definan y evalúen sus obligaciones internacionales a la hora de responder a esa violencia. Así y remitiéndose a la Resolución 49/60 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, califica el terrorismo como "los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas (que) son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos". A su vez, entiende que los actos terroristas pueden describirse en términos de: a) la naturaleza e identidad de quienes perpetran el terrorismo; b) la naturaleza e identidad de las víctimas del terrorismo; c) los objetivos del terrorismo y d) los medios empleados para perpetrar la violencia del terror. Más específicamente:

> "a) los perpetradores o instigadores de actos de terrorismo pueden incluir gobiernos así como a particulares y grupos que pueden actuar en forma independiente o con la dirección o el apoyo directo de Estados. El «terrorismo de Estado» tiene una notoria historia en las Américas, donde muchos gobiernos han cometido secuestros, desapariciones forzosas y otras violaciones atroces de los derechos humanos de sus ciudadanos, a menudo bajo la consigna de la lucha contra el terrorismo; b) los blancos de la violencia terrorista varían análogamente e incluyen a personas, instituciones y bienes, aunque sus víctimas siguen siendo predominantemente seres humanos debido en parte a que la fuerza que procura el terrorismo deriva del valor intrínseco de la vida humana y del dolor psicológico y el temor que se crea cuando están en peligro vidas humanas (….); c) las motivaciones que impulsan a los perpetradores de actos terroristas tienden a ser de naturaleza ideológica o política; d) con respecto a los medios de consumación del terrorismo, la violencia terrorista puede ocurrir a nivel nacional

[27] J.M. Sorel, "Existe-t-il une definition universalle du terrorismo?", *loc.cit.* pp.67-68). El terrorismo como la estrategia del terror contra la población civil para la consecución del poder, la propaganda de una causa o la realización de una dañina venganza inspirada en propósitos políticos, es identificado por Ch. Bassiouni, "Legal control of International terrorism: a policy-oriented assessment" *Harvard International Law Journal*, vol.43, 2002-1, p.84.

> o transnacional y ha sido perpetrada más frecuentemente a través del uso de armas convencionales, aunque el uso posible de armas de destrucción masiva por parte de los terroristas es un motivo de creciente preocupación para la comunidad internacional. Además, los incidentes terroristas, perpetrados en forma sistemática o esporádica, son inevitablemente clandestinos e imprevisibles; la explotación del temor y el terror y la intimidación y subversión del orden público resultantes, así como la publicidad que genera el uso de estas técnicas, han constituido tradicionalmente un elemento central de la violencia terrorista (…)"[28].

2.2. La ausencia de definición convencional universal y la presencia de la "criminalización consuetudinaria" del terrorismo internacional.

Desde el punto de vista del ordenamiento internacional, lo primero que hay que destacar es la ausencia, por el momento, de un convenio general sobre terrorismo que aporte una definición clara y precisa de terrorismo y de los actos de terrorismo aceptada universalmente por el conjunto de la Comunidad internacional. De nuevo la paradoja que constantemente acompaña a la regulación del terrorismo, pues si bien existen numerosos acuerdos sectoriales y regionales así como declaraciones unilaterales e institucionales de condena del terrorismo que incluyen definiciones del mismo, no existe un consenso internacional convencionalmente expresado sobre el concepto y el régimen jurídico general a aplicar a los distintos actos o manifestaciones de terrorismo internacional, hasta tal punto que los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, al carecer de un convenio específico que regulara en su totalidad la empresa terrorista que este atentado supuso, no podrían ser enjuiciados internacionalmente como un crimen de terrorismo. Ante la ausencia de un consenso general sobre lo que es terrorismo, la Comunidad internacional ha optado por el "fraccionamiento" material y personal de la lucha antiterrorista[29]. Sin embargo esto no quiere decir que no existe una definición e, incluso, un régimen general de terrorismo resultado de un proceso de formación consuetudinario. La norma consuetudinaria, si bien presenta algunos inconvenientes, más en el ámbito penal, puede colmar estas lagunas convencionales. Es más desde el punto de vista penal, el artículo15.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, que regula el principio de legalidad penal, permite la "criminalización consuetudinaria", pues establece que nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del

[28] Par.17.

[29] Vid. en este sentido M.H. Gozzi, *Le Terrorisme*, Paris, 2003, pp.78-79.

derecho reconocidos por la Comunidad internacional[30]. Tal consideración no tiene por qué producir trastornos alarmistas en el principio de legalidad penal y seguridad jurídica, pues una cosa es el derecho aplicable en la determinación de la competencia material previa y estatutariamente determinada del tribunal internacional competente de que se trate, y otra muy distinta es la determinación consuetudinaria *ex caso y ex novo* de la mencionada competencia. La Corte Penal Internacional no puede conocer del crimen de terrorismo porque no es de su competencia, pero nada le impide que en la determinación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad tenga en cuenta la normativa antiterrorista para la calificación de las conductas criminales previstas en aquellos tipos penales[31]. La Audiencia Nacional española en el asunto *Scilingo,* ha efectuado una interpretación similar precisamente sobre el supuesto del crimen de lesa humanidad incorporado en nuestro Código penal en el 2003 y con efectos desde octubre de 2004, al distinguir entre vigencia internacional consuetudinaria de la norma penal internacional (y, por ende, obligatoriedad *erga omnes* frente a las autoridades estatales) y aplicabilidad de la misma en los ordenamientos internos, sin que dicha aplicación nacional, en principio, pueda desvirtuar la naturaleza universal de la persecución de este tipo de crímenes, pues "ello significaría negar cualquier clase de internacionalidad a esta clase de delitos lo que representa una absoluta contradicción, además de no

[30] En idéntico sentido se pronuncia el art.7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, normas internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (sobre la aplicación del art.7.2 del CEDH vid. también la Sentencia de 22 de marzo de 2001 del TEDH sobre el asunto *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania).* El Proyecto de Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, aprobado por la Asamblea General el 13 de mayo de 2003 (A/RES/57/228 B), dispone en su art.1 que el presente Acuerdo tiene por objeto "regular la cooperación de las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya para procesar a los más altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y a aquellos a quienes incumba la mayor responsabilidad por los crímenes y graves transgresiones del derecho penal de Camboya, el derecho internacional humanitario y *las normas consuetudinarias en la materia*, así como los instrumentos internacionales en que Camboya es parte cometidos en el período comprendido entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979….". Por su parte, el art.9 precisa la competencia *ratione materiae* de las Salas Especiales limitada al crimen de genocidio según se define en la Convención de 1948, los crímenes de lesa humanidad según se definen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y los demás crímenes tipificados en la Ley de 10 de agosto de 2001. Sobre la relación principio de legalidad y costumbre internacional vid. R. Huesa Vinaixa, "Incriminación universal y tipificación convencional (la paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho Internacional Penal)", en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 4, Madrid 2000, pp. 110-113 y C. Vidales Rodríguez, "El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *La Corte Penal Internacional (Un Estudio Interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp.191-218.

[31] Esta situación no es exclusiva del Derecho internacional, pues nuestro propio Derecho interno hace continúas remisiones al Derecho internacional para precisar determinadas categorías jurídicas. Véase los arts. 21.2 y 23.4 g) de la LOPJ o el propio art. 607 bis, 1 1º del Código Penal.

ajustarse siquiera a la ubicación sistemática dada a estos delitos". Previamente la Audiencia Nacional había estimado que

> "el carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria "per se" o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos"[32].

En el caso del terrorismo internacional estaríamos, además, ante lo que algunos autores han llamado una "*costumbre escrita*"[33] que otorga mayor seguridad jurídica en la medida en que existe una amplia práctica internacional evidenciada no solamente en acuerdos internacionales para la represión y sanción de actos de terrorismo de carácter singular o en relación con ciertos aspectos del terrorismo, sino que además y como consecuencia de los atentados terroristas de 11 de septiembre de 2001 y la adopción de la Resolución legislativa 1373 (2001) del Consejo de Seguridad –al igual que ocurriera

[32] Sentencia de 19 de abril de 2005, Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, Sumario 19/1997, Rollo de Sala 139/1997, Juzgado de Instrucción Nº 5. El texto de la Sentencia puede consultarse en la dirección electrónica de http://www.derechos.org/nizkor. El único inconveniente que presenta esta decisión desde el punto de vista del principio de legalidad penal es el relativo a la determinación del "nacimiento consuetudinario del crimen de lesa humanidad", esto es, si este se produjo con los Principios de Nuremberg de 1946, presentado a tal efecto los Estatutos de los Tribunales penales internacionales un valor declarativo de la norma consuetudinaria preexistente o, si por el contrario, hemos de entender que la cristalización de tal costumbre se produjo con los Estatutos de los Tribunales penales internacionales. La Audiencia Nacional opta por la primera solución (vid. párrafos 2.1 a 2.3 de la Sentencia). Según se infiere de las resoluciones constitutivas de los Estatutos de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* así como de la jurisprudencia emanada de los mismos, el derecho aplicable por estos Tribunales formaba parte del derecho consuetudinario existente con anterioridad a su constitución por lo que su adopción coadyuba con otros instrumentos internacionales al fenómeno interactivo de carácter declarativo de la formación consuetudinaria de la norma en cuestión. En el mismo sentido se pronuncia la profesora Bollo Arocena que afirma que "el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó, por unanimidad, la resolución 95 (I), por la que se confirmaron los principios de Derecho internacional que habían sido reconocidos en el Estatuto y en la sentencia de Nuremberg. *De este modo se consagra a nivel universal un derecho que vinculaba, convencionalmente, hasta ese momento, únicamente a los veintitrés Estados que habían suscrito el Estatuto de Londres*". Tras analizar la jurisprudencia del TPIY concluye que la "*propia jurisprudencia del Tribunal para la antigua Yugoslavia ha venido a reconocer que la formulación contenida en el Estatuto del Tribunal es más restrictiva que la consuetudinariamente admitida*…." (M. D. Bollo Arocena, *Derecho Internacional Penal. Estudio de los Crímenes Internacionales y de las Técnicas para su Represión*, Bilbao, 2004, pp. 69 y 75, el énfasis es añadido). Por su parte la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 confirma esta dimensión consuetudinaria de la prohibición del crimen de lesa humanidad.

[33] *Cf.* J.A. Pastor Ridruejo, "Le Droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs. Cours géneral de droit international public", *RCADI* 1998, t.274, pp.49-63, en particular, p.60

tras los atentados de Munich en el septiembre negro de 1972 y la reacción resolutiva de la Asamblea General ante ese acontecimiento terrorista[34]–, se ha producido un importante desarrollo de la legislación de los Estados en materia antiterrorista (basta en este sentido examinar los informes presentados por los Estados ante el Comité contra el terrorismo), y se ha generado una serie de declaraciones unilaterales de representantes de Estados y de Organizaciones internacionales relativas a la calificación del terrorismo como crimen internacional y violación de los derechos humanos. Incluso cierta jurisprudencia nacional que dudaba de la virtualidad del terrorismo como crimen internacional sujeto al principio de justicia universal se ha modificado. A tal efecto, resulta de especial interés la Sentencia de 30 de octubre de 2001 de la Corte de Distrito de Nueva York en el asunto *Mugabe*[35] y, en particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el asunto *Suresh v. Canadá (Ministerio de Ciudadanía e Inmigración)*[36] que en cierta medida destierran el obstáculo de la indefinición convencional del término terrorismo acudiendo a la práctica internacional más reciente, esto es, al Convenio para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 y a la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad.

El interés internacional que ha suscitado el terrorismo ha auspiciado, incluso, la apertura de nuevas líneas de debate y análisis. Así junto a la manifestación

---

[34] Poco después del espectacular secuestro y asesinato de 11 atletas israelíes durante los Juegos Olímpicos de Munich, la cuestión del terrorismo se convirtió en el centro de atención y controversia en la Asamblea General cuando, en una nota de fecha 8 de septiembre de 1972, el entonces Secretario General, Sr. Kurt Waldheim, pidió a la Asamblea General que incluyera en el programa del vigésimo séptimo período de sesiones un tema adicional de carácter importante y urgente, titulado "Medidas para prevenir el terrorismo y otras formas de violencia que ponen en peligro vidas humanas inocentes o causan su pérdida, o comprometen las libertades fundamentales" (Véase A/8791 de 8 de septiembre de 1972).

[35] *Tachiona v. Mugabe* 169 F.Supp.2d 259 (S.D.N.Y. 1996). No obstante, en la Sentencia de 4 de abril de 2003, la Corte de Apelación del Segundo Circuito en el asunto *Estados Unidos v. Yousef y Otros* volvía a reafirmar la doctrina de la falta de consenso internacional sobre la definición de terrorismo y la aplicación al mismo del principio de justicia universal (*Tel-Oren v. Libyan Arab Republic)* aun cuando se reconocía la competencia de los tribunales en virtud del Convenio de Montreal de 1971 (el texto de la Sentencia en: (http://www.ca2.uscourts.gov:81/isysnative/RDpcT3BpbnNcT1BOXDk4LTEwNDFfb3BuLnBkZg==/98-1041.pdf)

[36] En su párrafo 98, el Tribunal concluye que "In our view, it may safely be concluded, following the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, that "terrorism" in s. 19 of the Act includes any "act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act". This definition catches the essence of what the world understands by "terrorism". Particular cases on the fringes of terrorist activity will inevitably provoke disagreement. Parliament is not prevented from adopting more detailed or different definitions of terrorism. The issue here is whether the term as used in the Immigration Act is sufficiently certain to be workable, fair and constitutional. We believe that it is" (http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2002/vol1/html/2002scr1_0003.html).

criminológica del terrorismo, en su doble dimensión internacional de cooperación y de persecución penal, se está discutiendo la consideración del terrorismo como violación de los derechos humanos[37]. Las resoluciones sobre "Derechos humanos y terrorismo" aprobadas recientemente por la Asamblea General (48/122, 49/185 y 50/186) no sólo muestran que su interés se ha ampliado a la relación especial entre derechos humanos y terrorismo sino también cierta evolución de su actitud con respecto a los actos terroristas cometidos por autores no estatales. Por su parte, la Relatora especial de las Naciones Unidas, en su Informe Final sobre terrorismo y derechos humanos, recordando el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, afirmaba que una de las aspiraciones más elevadas del ser humano era verse libre del temor que provocan los actos de barbarie de los regímenes y acciones terroristas. Una situación de miedo constante es contraria al principio de dignidad intrínseca de la persona, por lo que recomienda a la Comunidad internacional que reconozca el derecho universal de las personas a verse libres de terroristas y actos de terrorismo de todo tipo, incluso recomienda que se realice un balance de la cuestión de la aplicación directa de las normas de derechos humanos a los actores no estatales implicados en actos de terrorismo[38].

La consideración consuetudinaria del crimen de terrorismo así como de determinados principios vinculados a su persecución y sanción (responsabilidad penal individual y principio de justicia universal) resulta crucial para estimar que este crimen forma parte del "núcleo duro" del Derecho internacional penal, para evidenciar la dimensión internacional del problema terrorista y el entendimiento del terrorismo como realidad delictiva que transciende y difumina las fronteras de los Estados legitimando como primordial la actuación de la Comunidad Internacional en su conjunto para su prevención y sanción. Constituye una prueba decisiva que nos permite trazar la frontera, no siempre fácil, entre la noción de crimen transnacional y la de crímenes contra la

[37] Sobre esta cuestión, vid. C. Fernández de Casadevante Romaní y F. Jiménez García, *Terrorismo y Derechos Humanos. Una Aproximación desde el Derecho Internacional*, Dikynson, Madrid, 2005.

[38] Cfr. E/CN.4/Sub.2/2004/40, pars. 65 y 73. Esta dimensión tiene su origen en la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, adoptada en Viena el 25 de junio de 1993, en cuyo párrafo 17 se indica que "los actos, métodos y prácticas terroristas en todas sus formas y manifestaciones, así como los vínculos existentes en algunos países con el tráfico de drogas, son actividades orientadas hacia la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazan la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizan a gobiernos legítimamente constituidos. La Comunidad internacional debe tomar las medidas oportunas para reforzar su cooperación a fin de prevenir y combatir el terrorismo".

humanidad ("*core crimes*")[39], entre la noción de "crimen convencional" ("*treaty crimes*"), limitada personal, material y territorialmente por las reglas relativistas de aplicación propias del derecho convencional general, y la noción de "*crímenes internacionales contra la humanidad*" cuyo fundamento deriva, precisamente, de la costumbre internacional y justifica su inclusión en el Estatuto de Roma. El relativismo propio del régimen convencional general sería desplazado por el carácter *erga omnes* e imperativo de la norma general de Derecho internacional[40]. Así pues, resulta de interés conocer el historial y expediente normativo actual del terrorismo para poder precisar su diagnóstico consuetudinario.

III. La evolución histórico-normativa del terrorismo.

Si bien la noción de terrorismo proviene de la época del "régimen del terror" de Robespierre durante la Revolución Francesa, el intento de tipificar el terrorismo como crimen internacional se produjo como consecuencia del asesinato el 9 de octubre de 1934 del Rey Alejandro de Yugoslavia y del Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Luis Barthou, que originó que el Consejo de Seguridad de la Sociedad de Naciones encomendase la elaboración de un convenio que precisara el Derecho internacional relativo a la represión de la conspiración y del crimen cometido con un propósito político y terrorista[41]. Así en 1937 fueron suscritos en Ginebra dos significativos tratados internacionales: la Convención para la prevención y represión del terrorismo y la Convención para la creación de un Tribunal Penal Internacional, convenciones que si bien fueron firmadas por 24 Estados, entre ellos España, sólo fueron ratificados por la India encargándose la II Guerra Mundial de eliminar todo vestigio de esta propuesta. No obstante, en la primera de las Convenciones citadas se estableció el deber de todo Estado de abstenerse de todo acto destinado a favorecer las actividades terroristas contra otro Estado e impedir los actos por los cuales se manifiestan, obligándose a prevenir e

[39] Vid. sobre este particular, N. Boister, "Transnacional Criminal Law?", *EJIL* 2003-5, pp.953-976.

[40] Sobre esta cuestión vid. R. Arnold, *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*, Trasnational Publishers, Ardsley, New York, 2004, pp.57-62, en referencia a M. C. Bassiouni "Characterist of international criminal law conventions", en *International Criminal Law: Crimes*, M. C. Bassiouni (Ed.), Trasnational Publishers, Ardsley, New York, 1986, pp.59-80.

[41] Vid. H. Donnedieu de Vabres, "La répresion internationale du terrorisme international. Les Conventions de Gènève (16 novembre 1937)", *Revue de Droit International et de Legisation Comparée*, 1938, pp.37-74 ; T. M. Franck and Bert B. Lockwood, Jr, "Preliminary thoughts towards an international Convention on terrorism", *AJIL* 1974-1, p.69. El Comité estaba compuesto por expertos designados por los siguientes Gobiernos: Bélgica, Reino Unido, Chile, Francia, Hungría, Italia, Polonia, Rumania, España, Suiza y la URRS.

impedir las actividades de este género y a prestarse mutuamente su concurso. A estos efectos se definía el terrorismo como la realización de actos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personalidades determinadas, grupos de personas o en el público (art.1.2) y posteriormente se enumeraban ciertos actos terroristas como los actos intencionales dirigidos contra la vida, la integridad física, la salud o la libertad de determinadas personas, los actos intencionales que consistan en destruir o en dañar bienes públicos o destinados a un uso público, las tentativas de cometer esas infracciones y el acto de fabricar, procurarse, conservar o proveer armas, municiones, materias explosivas o sustancias nocivas para la ejecución, en cualquier país de esas infracciones (art.2). Por su parte el artículo 3 hacía referencia a la asociación o inteligencia para la realización de tales actos, la instigación, la participación y la ayuda en la comisión de tales actos[42].

El posterior devenir jurídico del terrorismo se ha producido en tres ámbitos muy específicos cuyos desarrollos se han potenciado de forma diferenciada en función de la coyuntura política del momento histórico en que se enmarcan.

3.1. El desarrollo convencional: del éxito sectorial y regional al fracaso convencional universal.

En estos momentos nos encontramos, quizá, ante el más importante desarrollo convencional internacional que se ha dado sobre una materia. Existen más de 20 tratados internacionales cuya producción ha respondido a tres consideraciones: la regulación universal en el seno de la Asamblea General a través de los distintos grupos de trabajo, en particular, el Comité *ad hoc* para la elaboración de una convención internacional contra la toma de rehenes (Resolución 31/103 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1976) y el Comité *ad hoc* creado mediante la Resolución 51/210 de 17 de diciembre de 1996 para la elaboración, entre otros, de un convenio general sobre el terrorismo internacional y del que han surgido, por el momento, el Convenio de 1997 para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, el de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo y el de 2005 para la represión de los actos de terrorismo nuclear, que la Asamblea General adoptó por consenso el 13 de abril de 2005 y que se abrirá a la firma de los Estados desde el 14 de septiembre de ese año hasta el 31 de diciembre de 2006; la regulación especializada o sectorial (en los ámbitos OACI, la

[42] Sobre esta cuestión. vid. J. Alcaide Fernández, *Las Actividades Terrorista…., op.cit.* pp.48-49.

OIEA y la OMI) que se ha centrado en la cooperación internacional sobre la prevención y represión de los actos terroristas que ponen en peligro la seguridad de la navegación aérea y marítima; y por último, la regulación regional que supone el pronunciamiento de las principales culturas jurídicas del mundo a la cuestión del terrorismo, desde América, a través de la Convención americana contra el terrorismo de 1971 y 2002, hasta aquellos sistemas jurídicos no muy proclives a la reglamentación convencional como puede ser la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, sin olvidar la prolija regulación europea y la regulación africana[43] .

Si bien esta regulación supone una aproximación sectorial y difusa[44] de una realidad que se presenta multiforme en atención al contexto geográfico político en que

[43] Los convenios internacionales contra el terrorismo y sus distintas manifestaciones son los siguientes: el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, concertado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, se firmó en Montreal el 24 de febrero de 1988; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1973; la Convención internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1979; la Convención sobre la protección física del material nuclear, aprobada en Viena el 3 de marzo de 1980; la Convención para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecha en Roma el 10 de marzo de 1988; el Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental, hecha en Roma el 10 de marzo de 1988; la Convención sobre el marcado de explosivos de plástico para fines de detección, hecha en Montreal el 1 de marzo de 1991; la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1994; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1997; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999; la Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear adoptada el 13 de abril de 2005. En el ámbito regional existen los siguientes: la Convención de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la prevención y represión de los actos de terrorismo encuadrados como delito contra las personas y actos conexos de extorsión de alcance internacional adoptada en Washington, D.C., el 2 de febrero de 1971 y la Convención interamericana contra el terrorismo de 2 de diciembre de 2002 (http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-66.html); la Convención europea para la represión del terrorismo, concertada en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y su Protocolo de enmienda de 15 de mayo de 2003; el Acuerdo de Dublín relativo a la aplicación de la Convención europea sobre la represión del terrorismo en los Estados miembros (Unión Europea), firmado en Dublín el 4 de diciembre de 1979; La Decisión Marco de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo; la Convención regional sobre la eliminación del terrorismo de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, firmada en Katmandú, el 4 de noviembre de 1987; la Convención árabe sobre la represión del terrorismo, firmada en una reunión celebrada en la Secretaría General de la Liga de Estados Árabes, en El Cairo, del 22 al 24 de abril de 1998; Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la prevención y lucha contra el terrorismo, aprobada en Argel el 14 de julio de 1999 y su Protocolo de 8 de julio de 2004 (http://www.africa-union.org); el Tratado de cooperación entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) para combatir el terrorismo, hecho en Minsk el 4 de junio de 1999; Convención de la Organización de la Conferencia Islámica sobre la lucha contra el terrorismo internacional aprobada en Uagadugú el 1 de julio de 1999 (el texto y el estado actual de estos tratados vid.: http://untreaty.un.org/ENGLISH/Status/Chapter_xviii/treaty11.asp)

[44] C. Bourges-Habif, "Le terrorismo international", en *Droit International Penal*, H. Ascencio, E. Decaux, A Pellet (ed.) A. Pedone, Paris 2000. Por su parte Amnistía Internacional ha criticado duramente la

se desarrolla[45], sin embargo de la misma podemos inferir dos conclusiones relevantes. La opción por la *técnica mixta en cuanto a la definición*, esto es, la presentación de una

---

regulación convencional árabe del terrorismo indicando que la definición de «terrorismo» que da la Convención es muy amplia, puede ser objeto de interpretaciones muy amplias y de abusos, y de hecho no cumple los requisitos de legalidad establecidos en las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Ciertos términos utilizados en la Convención, como «violencia», «fines terroristas», «elementos terroristas» y «grupos terroristas», no están definidos, lo que acrecienta el riesgo de que se castigue a personas por actos legales y no violentos. Cfr. http://web.amnesty.org/library/index/eslIOR510012002?open&of=esl-200-. En el mismo sentido crítico respecto a toda la regulación convencional vid. F. Andreu-Gúzman, *Terrorismo y Derechos humanos* Nº 2, Ocasional papers Nº 3, Marzo de 2003 (en http://www.icj.org).

[45] En el ámbito regional, la Convención americana contra los actos de terrorismo de 1971 se refiere exclusivamente a la toma de rehenes, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad física de las personas internacionalmente protegidas así como los actos de extorsión conexos, mientras que el Convenio de 2002 se remite a los convenios internacionales antiterroristas; el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977 (que resultará completado tras la entrada en vigor del Protocolo de enmienda de 2003), así como la Convención contra el terrorismo de la Asociación para la Cooperación Regional de los Estados del Sur de Asia de 1987 optan por la enumeración de los convenios internacionales sobre terrorismo y de una serie de actos calificados como terrorismo (toma de rehenes, utilización de bombas, actos contra la vida y la integridad física de las personas o la libertad de las personas que tengan una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos). Por el contrario, las Convenciones antiterroristas de la Liga árabe de 1998 y la de la Organización de la Conferencia Islámica de 1999 así como la de la Unidad Africana de Argel y la de la Conferencia de Estados Independientes ambas de 1999, apuestan por una definición excesivamente amplia. Así definen, con distintas variaciones, el terrorismo como cualquier acto o amenaza de violencia, cualesquiera que sean sus motivos o propósitos realizado como parte de una agenda o plan criminal individual o colectivo con el objeto de generar pánico o aterrorizar a las personas, causándoles daños o atentando o poniendo en peligro sus vidas, libertad, seguridad o derechos o que busca dañar u ocupar instalaciones o propiedades públicas, privadas o internacionales (OCI) o busca causar un daño al medio ambiente, poner en peligro recursos naturales nacionales o el patrimonio cultural (UA). La convención antiterrorista de la Unidad Africana así como la de la Comunidad de Estados Independientes incluye, además, todos los actos realizados con la intención de forzar o conducir a un gobierno, organismo, institución, población o grupo de población a asumir toda iniciativa o adoptar ciertos principios o abstenerse de adoptar, de renunciar a una posición particular. En cuanto a qué actos podrán ser calificados como terroristas, estas convenciones hacen una doble remisión: a las legislaciones nacionales de los Estados partes y a los así tipificados a nivel internacional. Por su parte, el Tratado de Cooperación entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes para combatir el terrorismo de 1999 se define el terrorismo como acto ilegal punible conforme al derecho penal cometido con el propósito de socavar la seguridad pública, influir en la toma de decisiones por las autoridades o aterrorizar a la población que adopten la forma de violencia contra las personas físicas y jurídicas, la propiedad, contra la vida de hombres de Estado o representantes de Estados extranjeros o personal internacionalmente protegidos y otros actos clasificados como terroristas por la legislación de los Estados partes o conforme a la normativa internacional antiterrorista. Dentro de la UE, la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, asumiendo la definición ofrecida por el Proyecto onusiano de Convenio General sobre terrorismo, entiende como acto terrorista los actos intencionados que estén tipificados como delitos según los respectivos derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar o lesionar gravemente a un país o a una organización internacional, cometidos con el fin de: i) intimidar gravemente a una población; ii) obligar indebidamente a los Gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; iii) o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional". Los actos intencionales son los siguientes: (a) atentados contra la vida de una persona que puedan causar la muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; secuestro o toma de rehenes; d) causar destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas de información, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos, o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o

definición general, por un lado, y la enumeración de ciertas actividades consideradas como terroristas, bien a través de su designación concreta en el convenio regulador o bien a través de la remisión a los acuerdos internacionales antiterroristas. A tal efecto, hemos de destacar la definición contenida en un convenio que sí presenta un carácter internacional o universal desde una triple vertiente, tanto por la fuente (Naciones Unidas), como por la materia (financiación de todo terrorismo) así como por el número de ratificaciones que trasciende con creces el centenar de Estados (135 Estados partes, marzo 2005). Se trata de la Convención de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo que, tras remitirse a los acuerdos antiterroristas adoptados en el marco del sistema de las Naciones Unidas, define el terrorismo como "cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o cualquiera otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a una organización internacional realizar un acto o abstenerse de hacerlo"[46]. El problema de esta técnica mixta es el relativismo propio del Derecho internacional que impide concretar de antemano el grado de compromiso de los Estados partes, pues nos podemos encontrar con la paradoja de que un Estado asuma el concepto de terrorismo, pero a la vez no se comprometa en la lucha contra las actividades

---

utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) amenaza de llevar a cabo cualesquiera de las acciones enumeradas en las letras a) a h); j) dirección de un grupo terrorista; k) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo)". La Decisión Marco define el "grupo terrorista", como "organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo", entendiéndose por "organización estructurada" una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada" (*DO Nº L164* de 22 de junio de 2002).

[46] En el 2001, el Coordinador del Grupo de trabajo sobre terrorismo presentó para el debate un texto oficioso sobre la definición que retoma la propuesta inicial india con ciertas modificaciones. Según esta definición comete actos de terrorismo quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause: la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o daños graves a bienes públicos o privados incluidos lugares de usos público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público o el medio ambiente; o daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hacen referencia en el apartado precedente cuando produzcan o puedan producir un grave perjuicio económico; si el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo" Medidas para eliminar el terrorismo internacional, Informe de 2001 del Grupo de Trabajo, A/C.6/56/L.9 http://www.un.org/spanish/terrorismo/sc/ac656l9.pdf. Para un análisis crítico de esta definición vid. el Ocasional Papers Nº 3 presentado por F. Andreu-Guzmán, *Terrorismo y Derechos Humanos, Nuevos Retos y Viejos Peligros,* Comisión Internacional de Juristas, Marzo de 2003, pp.209 (http://www.icj.org).

terroristas, pues numerosos Estados partes, incluidos los europeos, no han suscrito la totalidad de las convenciones referidas en el anexo, incluso alguno de ellos, como es el caso de Corea, ha presentado una reserva a la totalidad de la remisión contenida en el artículo 2 del Convenio de 1999[47].

Sin embargo, la *disposición crítica* que afecta a la definición de terrorismo sigue siendo, como ya indicábamos, la que concreta el ámbito de aplicación personal de la misma, disputa que tiene su reflejo en las reservas formuladas por Jordania e Israel al Convenio de 1999, así como las objeciones presentadas a las mismas, y que en el caso del Proyecto de convenio general sobre terrorismo aparece encarnada en su artículo 18[48]. A tal efecto, la redacción oficiosa del artículo 18 ha quedado plasmada en dos versiones, la del Coordinador y la de la Conferencia Islámica[49] que combinan la técnica del artículo 19 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas con bombas y el artículo 12 del Convenio contra la toma de rehenes. Conforme a la propuesta del Coordinador se indica que:

> *"i) nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, obligaciones y la responsabilidad de los Estados, de los pueblos y de las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario; ii) Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entiende esos términos en el derecho internacional humanitario, y que se rijan por ese derecho, no estarán sujetas al presente Convenio; iii) Las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas del derecho internacional no estarán sujetas al presente convenio".*

---

[47] Por su parte en el Proyecto de convenio general sobre terrorismo se discute el problema técnico de las relaciones entre este convenio y los acuerdos que regulan categorías concretas de delitos de terrorismo ya adoptados que, como hemos señalado, presentadas disparidades. A tal efecto se presentó la incorporación de un art.2 bis que pretende regular esta cuestión optando por el principio de especialidad: "Cuando la presente Convención y un tratado que se refiera a una categoría concreta de delito de terrorismo sean aplicables en relación con el mismo acto entre Estados que sean partes en ambos instrumentos, prevalecerá las disposiciones de éste último". No obstante, algunas delegaciones lo consideran innecesario pues dichas relaciones se regirían por la normativa general sobre el derecho de los tratados y que, en todo caso, en el supuesto de incompatibilidad debería prevalecer este convenio en virtud de su carácter general (vid. Informe de 2004, A/C.6/59/10). Véase al respecto la propuesta y los comentarios presentados por la Delegación de Guatemala en el Informe de 2001 A/C.6/56/10 y el Informe sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional de 2001 del Grupo de Trabajo, A/C.6/56/L.9 http://www.un.org/spanish/terrorismo/sc/ac656l9.pdf. Sobre los problemas de aplicación de tratados sucesivos sobre la misma materia, vid. A. G. López Martín, *Tratados Sucesivos en Conflicto: Criterios de Aplicación*, Madrid, 2002.

[48] *Documentos Oficiales de Naciones Unidas de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 37* (A/59/37), p.10.

[49] *Documentos Oficiales de Naciones Unidas de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 37* (A/57/37 y Corr.1) Anexo IV.

Por su parte, el texto propuesto por los Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica sustituye el párrafo 2 relativo a las "actividades de las fuerzas armadas conforme al Derecho internacional y el derecho humanitario" por una redacción más comprensiva y amplia relativa a que "las actividades de las *partes* durante un conflicto armado, incluso en situaciones de ocupación extranjera, según se entiende esos términos en el derecho internacional humanitario y que se rijan por ese derecho, no estarán sujetas al presente Convenio" [50]. En ambas propuestas, se mantiene el párrafo 4 que dispone que nada de lo dispuesto en este artículo condona o legitima de manera alguna actos ilícitos, ni obsta para su enjuiciamiento en virtud de otras leyes. La disputa se ciñe, pues, en torno al término "fuerzas armadas". En realidad, la expresión "fuerzas armadas" no se ha de interpretar exclusivamente referido a las fuerzas militares de un Estado, sino a todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados colocados bajo un mando responsable ante una Parte en el conflicto, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por la Parte adversa, lo que incluye las fuerzas de liberación nacional (Protocolo I Adicional a los Convenios de 1949, arts.1.4 y 43) y los grupos armados organizados, tal y como se indica en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra (art.1)[51]. A tal efecto resulta de interés que el Proyecto de convenio general, al igual que hace el artículo 19.2 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997 o el artículo 4 del Convenio contra el terrorismo nuclear de 2005, diferencia entre las *fuerzas armadas* durante un conflicto armado tal y como se entiende en Derecho internacional humanitario y las *fuerzas militares de un Estado* en el cumplimiento de sus funciones oficiales[52]. El problema va a más allá de la dimensión subjetiva, pues afecta también a la concreción del derecho aplicable, más cuando las propuestas, al igual que los correspondientes artículos previstos en los convenios antiterroristas, prevén que las mismas no condonan ni legitiman actos ilícitos ni obstan su enjuiciamiento en virtud de *otras leyes*. Se trata de saber si en el supuesto de

[50] Se ha indicado que el término "partes", con el se quiere también incluir a los grupos que participan en un conflicto armado pero que no pertenecen a las fuerzas armadas de las Partes en conflicto, es un concepto indeterminado y que es más concreto fuerzas armadas, que además goza de aceptación general Vid. el informe sobre las medidas para eliminar el terrorismo, A/C.6/59/10, p.5.

[51] Sobre el estatuto de fuerzas armadas o combatientes en los conflictos armados, vid. M. Pérez González y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, "El caso de los detenidos en Guantánamo ante el Derecho el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos", *REDI* 2002-1, pp.20-24.

[52] Vid. asimismo, Ch. Walter, "Defining terrorism.....", *loc.cit.* p.17.

conflicto armado, internacional o interno incluyendo las guerras de liberación nacional, aplicamos como *lex especialis consuetudinaria* el Derecho humanitario que prevé los actos de terrorismo o si, por el contrario, aplicamos el régimen convencional afectado por los actos terroristas de que se trate. Incluso, si cabe la posibilidad de la aplicación concurrente, complementaria o subsidiaria de ambos sistemas en virtud de distintos criterios de condicionalidad, como los relativos al *principio del relativismo convencional*, en particular cuando se trata de Estados no partes en los Protocolos de 1977 y sí en la normativa (o costumbre) antiterrorista, o el relativo a la *entidad terrorista plena o relativa del grupo autor de los atentados*, puesto que, como ha indicado la Relatora Especial sobre terrorismo y derechos humanos, no todos los grupos que comenten actos de terrorismo son necesariamente por este motivo organizaciones terroristas[53]. Es más, podríamos plantearnos si la remisión constante que hace esta normativa convencional antiterrorista de las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado al Derecho internacional humanitario no estaría consagrando de forma definitiva la *naturaleza consuetudinaria de los dos Protocolos adicionales de 1977*, pues en caso contrario y en el supuesto de que una de las partes en el conflicto no se considere vinculada por la normativa humanitaria, la excepción crearía o un vacío jurídico o un tratamiento discriminatorio, tal y como ocurre con la anuladora calificación de "combatientes ilegales".

La otra concreción de la práctica convencional anteriormente indicada es la relativa a la *despolitización del terrorismo* auspiciada por las resoluciones de la Asamblea General sobre esta materia, en particular, por la "Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional" incluida como anexo de la Resolución 49/60 de 1994. Según esta Declaración, los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar estado de terror en la población general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos. Definición que es incorporada en las cláusulas de despolitización del terrorismo que se

[53] Sobre esta cuestión vid. el Informe Final de la Relatora Especial sobre "Terrorismo y Derechos Humanos", A/CN.4/Sub.2/2004/40, p.18-27. Sobre esta cuestión, vid. J. Alcaide Fernández, *Las Actividades Terroristas…..*, *op.cit.*, pp.68-74; Ch. Walter, "Defining terrorism…", *loc.cit.* p.17-21; M. Halberstam, "The evolution of the United Nations position on terrorism: from exempting nacional liberation, movements to criminalizing terrorism wherever and by whomever commited", *Columbia Journal of Translational Law*, 2003-3, pp.573 ss.

incluyen, entre otros, en los Convenios internacionales para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997[54] y la represión de la financiación del terrorismo de 1999. En concreto, el artículo 5 del Convenio de 1999 dispone que "cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, incluida, cuando proceda, la adopción de legislación interna, para que los actos criminales comprendidos en el ámbito del presente Convenio, en particular los que obedezcan a la intención o propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, no pueden justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar y sean sancionados con penas acordes con su gravedad", mientras que su artículo 14 precisa que "a los fines de la extradición o de la asistencia judicial recíproca, ninguno de los delitos enunciados en el artículo 2 se considerará delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos". Por su parte, el Informe Explicativo del Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977 fundamenta la razón del artículo 2 del mismo relativo a la despolitización indicando que la *internacionalización de estos crímenes*[55] explica que *el sistema de extradición que este Convenio instaura responda al método que ya se ha aplicado a otros crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra y otros crímenes comparables en el Protocolo adicional a la Convención europea de extradición de 15 de octubre de 1975, así como a los atentados contra la vida de un Jefe de Estado o un miembro de su familia, método que permite en consecuencia superar, en el supuesto de los actos de terrorismo, no solamente los obstáculos a la extradición relativos a la invocación del carácter político de la infracción, sino también las dificultades inherentes a la ausencia de una interpretación uniforme de la expresión "infracción política"*[56]. Consideración que es recordada en el Preámbulo de la Decisión Marco del

[54] Además en el preámbulo del Convenio de 1997, en referencia a la RES 49/60 de la AG de 1994, se enuncia que los Estados miembros de las Naciones Unidas reafirman solemnemente y condenan en términos inequívocos todos los actos, métodos y prácticas terroristas por considerarlos criminales e injustificables, dondequiera y quienquiera los cometa, incluidos los que ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados y los pueblos y amenazan la integridad territorial y la seguridad de los Estados.

[55] Par. 13 del Informe Explicativo que puede consultarse en http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/090.htm. Existe, además un dossier sobre la documentación y las líneas de actuación del Consejo de Europa en la siguiente dirección: http://www.coe.int/T/F/Com/Dossiers/Themes/terrorisme/default.asp.

[56] Par.22 del Informe Explicativo. No obstante, hay que indicar que el Convenio europeo mantiene la posibilidad de efectuar reservas al art. 1 y de hecho numerosos Estados han formulado reservas. En este sentido, baste recordar los problemas que ha tenido España con Bélgica en relación con la extradición de terroristas de ETA. Bélgica también ha reservado la aplicación del art. 14 del Convenio sobre la represión

Consejo de la UE sobre la lucha contra el terrorismo y que el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE la asume en su totalidad acordando, además, que las reservas formuladas con arreglo al artículo 13 del Convenio Europeo para la represión del terrorismo no se aplicarán a la asistencia judicial entre los Estados miembros[57]. Despolitización que aparece consagrada en el párrafo 3 g) de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad que dispone que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa de denegación de las solicitudes de extradición de presuntos terroristas. ¿Los efectos imperativos de esta Resolución, en combinación con lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, podría ser un argumento para considerar nulas las reservas presentadas por algunos Estados a las cláusulas de despolitización así como ciertas disposiciones convencionales que dificultan la extradición de actos de terrorismo?

Esta despolitización del crimen del terrorismo hay que entenderla en sus justos términos. En primer lugar, el propio artículo 5 anteriormente trascrito parece introducir el denominado "test de proporcionalidad" en virtud del cual se podrá denegar la extradición cuando el delito sea predominantemente político[58]. En segundo lugar, está ampliamente admitido que, a pesar de la exclusión prevista en el artículo 1.F y las medidas provisionales de excepción del artículo 9 de la Convención sobre el estatuto de

---

de la financiación del terrorismo de 1999. El Protocolo de enmienda del Convenio Europeo de 15 de mayo de 2003, en cuyo preámbulo se citan las resoluciones de la AG y no las del Consejo de Seguridad aunque son tenidas en cuenta en el Informe Explicativo, a pesar de que incorpora las últimas convenciones de Naciones Unidas que imponen la extradición obligatoria en el sentido de que los hechos tipificados no podrán ser considerados como delitos políticos, mantiene esta situación aunque establece unas condiciones más rigurosas sobre todo en lo relativo a la vigencia y revisión de las reservas y especialmente por la inclusión de una cláusula *aut dedere aut judicare* en virtud de la cual si el Estado requerido se negase a extraditar está obligado a juzgar salvo que se llegue a otra solución entre los Estados implicados. Además en el caso de que no se dicte sentencia se someterá el asunto a un órgano político creado por el propio Protocolo: la Conferencia de Estados Contratantes contra el Terrorismo (COSTER). Sobre el Protocolo de enmienda vid. R. A. Benítez, "Un nuevo convenio anti-terrorista para Europa" http://www.reei.org/reei7/R.Benitez.pdf . Por su parte, los arts. 3 y 4 de la Decisión Marco por la que se establece la euroorden prevé, con carácter obligatorio o facultativo, algunos supuestos para motivar la no extradición que pueden resulta controvertidos, al menos en materia de terrorismo (amnistía, no incoacción o conclusión de la acción penal, prescripción, reconocimiento mutuo del principio de competencia universal…).

[57] Art.9 del Protocolo, *DO C 326*, de 21 de noviembre de 2001. Este Protocolo que no ha entrado aún en vigor se aplica provisionalmente entre algunos Estados, incluido España (*BOE núm.89* de 14 de abril de 2005).

[58] Véase sobre esta cuestión, vid. R. Arnold, *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*, *op.cit.* pp.38-51.

los refugiados de 1951[59], no existe obligación de extraditar o de prestar asistencia judicial cuando existen motivos fundamentales para creer que la solicitud de extradición o de asistencia se ha formulado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política o que el cumplimiento de lo solicitado podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos[60], así como en el supuesto de que haya fundadas razones para creer que puede ser sometido a torturas[61].

3.2. La novedosa práctica institucional en la lucha contra el terrorismo: la función "legislativo-reglamentaria" del Consejo de Seguridad.

La segunda manifestación de la práctica internacional es la referida a la práctica institucional del Consejo de Seguridad actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en particular, la práctica resolutoria marcada por los hitos normativos que suponen la originaria Resolución 1373 (2001) hasta la más actual Resolución 1566 (2004), adoptadas bajo el título de "amenazas a la paz y a la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo". Pues bien, estas resoluciones han contribuido, además de a complementar e implantar el régimen convencional sobre la actuación lucha contra el terrorismo, a perfilar cinco cuestiones de relevancia para la consideración del terrorismo como crimen contra la humanidad y su inclusión en el régimen nuclear del Derecho internacional penal. No obstante antes de entrar sobre estas consideraciones, hay que advertir que esta práctica resolutiva ha suscitado de nuevo el debate sobre los límites competenciales y la "capacidad legislativa" del Consejo de Seguridad, pues las resoluciones referidas supone dar un paso más en la "mutación operativa" *de facto* del Consejo de Seguridad que, sin necesidad de recurrir

[59] El artículo 1.f excluye la aplicación de la Convención a los que hayan cometido delitos contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, así como a los que hayan cometido un delito común grave fuera del país de refugio o se haya hecho culpable de actos contrarios a la finalidades y principios de las Naciones Unidas. Por su parte, el artículo 9 prevé la posibilidad de que un Estado adopte provisionalmente respecto a una persona las medidas que estime indispensables para la seguridad nacional de tal Estado.

[60] Vid. art. 5 del Convenio Europeo, art. 12 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas con bombas de 1997, art.15 del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999. Vid también la Opinión de la Cámara de los Lores de 16 de diciembre de 2004.

[61] Vid. la jurisprudencia del TEDH en los asuntos *Chahal c. Reino Unido*, sentencia de 15 de noviembre de 1996 y *Ahmed c. Austria*, sentencia de 17 de diciembre de 1996. Sobre esta jurisprudencia vid. J. Ruiloba Alvariño, *El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 26 de Noviembre de 1987. Su Aplicación en España*, Dykinson, Madrid, 2005, pp.336-239.

al premioso y proceloso procedimiento de reforma previsto en la Carta, ha ido convirtiendo a esta órgano sancionador en una "micro-organización" de reglamentación e integración, sin olvidar su faz cuasi-judicial, en el seno cooperativo de las Naciones Unidas. A tal efecto se ha indicado que el Consejo se estaría arrogando el poder para la elaboración de una auténtica «legislación» (aunque derivada), no limitando sus decisiones a un Estado y unas circunstancias concretas, sino, por el contrario, con la ambición de generalidad propia de los tratados normativos y de los principios y normas generales (…) si bien sorteando la voluntad de la generalidad de los Estados[62].

Además de calificar a los actos terroristas como una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales y como actos criminales injustificables[63], estas resoluciones han cristalizado en materia de terrorismo **la obligación de acabar con la impunidad de estos actos** mediante el reconocimiento del principio de jurisdicción universal, ya auspiciado por los convenios antiterroristas añadiéndose ahora la impronta imperativa y universal propia de las Resoluciones del Capítulo VII, y la obligación de tipificar penalmente el delito de terrorismo además de adherirse a los Convenios internacionales sobre terrorismo. Ambas obligaciones se complementan, pues en última instancia imponen que todos los Estados tipifiquen el delito de terrorismo con independencia de dónde se haya cometido y quién lo haya realizado así como que reconozcan como válido el título de competencia universal, pues en el supuesto de que un presunto terrorista se encuentre en su territorio y por distintas consideraciones no accedan a la extradición están obligados a enjuiciar. La Resolución 1373 (2001) en este sentido es taxativa cuando decide que todos los Estados deben asegurar el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos y aseguren que, además, de cualesquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos de terrorismo queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo[64]. La rotundidad de esta disposición se ha visto

[62] Cfr. J. Alcaide Fernández, "La «guerra contra el terrorismo»: ¿una «opa» hostil al Derecho de la Comunidad internacional?, *REDI* 2001, 1-2, p.297; C. Gutiérrez Espada, "No cesaréis de citarnos leyes viendo que ceñimos la espada? (a propósito del 11-S)", *ADI* 2001, p.29; G. Arangio Ruiz, "On the Security Council's «Law-Making»" *RDI* 2000, pp.609-725.

[63] Vid. al respecto la Declaración del Consejo de Seguridad reunido a nivel de Ministros de Asuntos Exteriores aneja a la Resolución 1456 (2003).

[64] Punto 2, apartado e).

atenuada desde el momento en que no corren buenos tiempos para la justicia universal y se ha incorporado en las siguientes resoluciones el instrumento procesal tradicional que articula (y a la vez limita) este principio, esto es, la máxima *aut dedere aut judicare* que introduce el elemento territorial y el de la cooperación internacional. A tal efecto las Resoluciones 1456 (2003) y 1566 (2004) insta a los Estados a que sometan a la justicia, sobre la base del principio del enjuiciamiento o la extradición a quien apoye o facilite la financiación, la planificación, la preparación o la comisión de actos de terrorismo o la provisión de refugio seguro o participe o intente participar en esos actos[65].

Consciente de lo contraproducente que puede resultar disponer la tipificación nacional sin aportar parámetros definitorios cuando a la vez se propone la adopción definitiva del Convenio general sobre terrorismo, el propio Consejo de Seguridad ha optado finalmente por presentar una **definición de terrorismo** cuyos efectos armonizadores o reglamentarios están por decidir en atención al consenso internacional que la misma suscite. Así la Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas ha recordado en el punto 3 de su parte dispositiva que,

> "*los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza*"[66].

[65] Por su parte los últimos Convenios internacionales contra el terrorismo, el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997 y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999, en sus respectivos arts. 6 y 7 señalan que cada Estado tomará asimismo las medidas que resulten necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2 en los casos en los que el presunto autor del delito se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1ó 2 del presente artículo. La Convención Europea de 1977 establece que en el supuesto de que un Estado no accediese a la extradición someterá el caso, sin excepción alguna y sin demora injustificada a sus autoridades competentes para el ejercicio de la correspondiente acción penal, mientras que la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo reconoce toda competencia establecida conforme a la legislación nacional y mantiene el principio *aut dedere aut judiciare*. Como novedad dispone que todos los Estados miembros de la UE podrán ampliar su jurisdicción cuando el delito se cometa en el territorio de un Estado miembro y tendrán competencia cuando las acciones terroristas se hayan cometido contra una institución u organismo de la UE que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate.

[66] S/RES/1566 (2004), punto 3. Si bien esta resolución se aprobó por unanimidad, el representante de Brasil advirtió en su explicación de voto que "en el párrafo 3 de la parte dispositiva de la resolución 1566

La expresión, incorporada en la versión española e inglesa, "inclusive contra civiles" introduce cierto desconcierto, pues la nota esencial del terrorismo es que constituye un ataque contra la población civil y lo excepcional son los ataques terroristas contra las fuerzas militares. A tal efecto resulta más esclarecedora la versión francesa que se refiere a los actos criminales, particularmente aquellos dirigidos contra los civiles[67].

Junto con esta tipificación, el Consejo asume una práctica incipiente relativa a **dirigirse directamente, no a los Estados, sino a los individuos y a los grupos terroristas a los que, en este caso, imputa directamente cierta responsabilidad penal**[68]. A tal efecto, la Resolución 1566 (2004) decide establecer un Grupo de trabajo, integrado por todos los miembros del Consejo de Seguridad para que estudie y le presente recomendaciones sobre las medidas prácticas que se han de imponer contra las personas, los grupos y las entidades involucradas en actividades terroristas o asociados con ellas, además de las ya enunciadas por el Comité de Sanciones contra *Al-Qaida* y los *Talibanes*, entre ellas establecer procedimientos más eficaces que se consideren adecuados para someterlos a la justicia mediante el enjuiciamiento o la extradición, congelar sus activos financieros, impedir sus desplazamiento por el territorio de los Estados Miembros y prevenir que les sean suministrados armas o material conexo de todo tipo, así como los procedimientos para poner en práctica esa medidas. La elaboración de estas listas de "inculpados" de terrorismo y la imposición de importantes medidas sancionadoras por un órgano político puede plantear ciertas dudas desde la legalidad internacional de los derechos humanos, tal y como está ocurriendo en el marco de la UE respecto a la normativa antiterrorista adoptada[69].

(2004) se refleja un texto de avenencia que contiene un mensaje político claro, pero no es un intento de definir el concepto de terrorismo". Vid S/PV.5053, Consejo de Seguridad, 8 de octubre de 2004, p.8 (http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/PRO/N04/542/40/PDF/N0454240.pdf?OpenElement. Esta definición es asumida por el Documento "*Un Mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*", Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio designado por el Secretario General de las Naciones Unidas (A/59/565), pp.53-54, así como por el Informe del Secretario General de marzo de 2005 sobre "Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos", A/59/2005, par.91.

[67] "Rapelle que les actes criminels, notamment ceux dirigés contre des civils dans l'intention de causer mort o des blessures..... ». Resulta de interés sobre este particular, la intervención de representante norteamericano sobre la adopción de esta resolución (S/PV.5053, p.7).

[68] Sobre esta práctica vid. C. Fernández de Casadevante Romaní y F. Jiménez García, *Terrorismo y Derechos Humanos*, *op.cit.* pp.67-78.

[69] Vid. en el ámbito de la UE los autos dictados en los asuntos *Sison c. Consejo y Comisión*, T-47/03 R_1 (de 15 de mayo de 2003), *Aden y otros c. Consejo y Comisión*, T-306/01 R_1 (de 7 de mayo de 2002).

En cuarto lugar, se hace una importante referencia a las **víctimas**, pues además de tenerlas en cuenta y solidarizarse con ellas, se decide que el Grupo de trabajo anteriormente referido considere la posibilidad de establecer un fondo internacional para indemnizar a las víctimas de actos de terrorismo y sus familias que se financiaría con contribuciones voluntarias que podrían a su vez consistir en parte de los bienes confiscados a organizaciones terroristas, sus miembros y patrocinadores[70].

Por último, se procede a la **creación de un órgano de control** inusitado en la práctica del Consejo, el Comité contra el Terrorismo**.** Se trata de un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad que, en virtud de las funciones generales y sustantivas que se le atribuyen, presenta rasgos competenciales superiores a los habituales Comités de sanciones, aproximándose a los Comités de control de Derechos Humanos. Es verdad, que el Consejo ha creado Tribunales penales internacionales y ha suspendido de forma preventiva la actuación de la Corte Penal Internacional al margen de su propio Estatuto, pero este Comité tiene unas competencias singulares que presenta perfiles legislativos, ejecutivos y cuasi-judicales en la medida en que actúa como una especie de "*fiscal universal ante el Consejo de Seguridad"*. Ante este Comité, los Estados mediante informes tienen que rendir cuentas de todas las medidas legislativas, administrativas, policiales y judiciales adoptas para dar cumplimiento a la Resolución legislativa 1373. Sobre las mismas, este Comité facilitará asistencia y cooperación internacional a los Estados y presentará recomendaciones que trasmitirá al Consejo para que adopte las medidas oportunas, en particular cuando el Comité tropiece con dificultades en el desarrollo de sus funciones[71]. Este Comité ha sido revitalizado no sólo institucionalmente (con la constitución de un Pleno –compuesto por todo los Estados miembros del Consejo de Seguridad– y la Mesa –integrada por el Presidente y los Vicepresidentes–, asistidos por la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo), sino también competencialmente, pues se introduce la técnica de control consistente en la realización de visitas de inspección *ad hoc* a los Estados[72].

Vid. también dentro del marco de control del Consejo de Europa el caso *SEGI y Gestoras Pro-Amnistía c. los Estados Miembros de la UE*, decisión de inadmisibilidad de 23 de mayo de 2002.

[70] Sobre el estado jurídico-internacional de la protección de las víctimas del terrorismo, vid. C. Fernández de Casadevante Romaní y F. Jiménez García, *Terrorismo y Derechos Humanos*, *op.cit.* pp. 100 ss.

[71] De hecho el Consejo de Seguridad ya ha dado algún toque de advertencia a los Estados que aún no han presentado informes así como a los 56 Estados que están atrasados en la presentación de informes complementarios, vid. S/RES/1546 (2004) punto 4.

[72] En tal sentido, se encomienda al Comité contra el terrorismo que, como cuestión prioritaria y, cuando proceda, en estrecha cooperación con las organizaciones y órganos internacionales, regionales y

De esta práctica, se ha de inducir que el terrorismo es considerado como una actuación criminal que atenta contra el orden público internacional, en particular, contra la paz y la seguridad internacionales y contra los derechos y libertades fundamentales de los individuos que integran la población civil[73]. Además podemos evidenciar de forma clara la existencia de dos elementos definidores del mismo, un elemento objetivo referido a que el terrorismo supone la realización de una conducta criminal, grave y planificada, consistente en el empleo de violencia contra la población civil, y un elemento subjetivo en cuanto que dicha conducta tiene como finalidad crear un estado de terror o intimidación en la población en general o en un sector de la misma con el propósito de obligar a un Gobierno o a una organización internacional hacer algo o abstenerse de hacerlo.

3.3. La reticente codificación internacional penal del terrorismo ¿una imposibilidad coyuntural?

La tercera vía es el tratamiento otorgado al terrorismo por parte de la CDI en relación con sus trabajos relativos al Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y al Estatuto de la Corte Penal Internacional. En los distintos trabajos presentados por la CDI desde 1954 sobre el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aparecía el crimen de terrorismo internacional cometido tanto por agentes o representantes del Estado como por particulares, pues como subrayaron varios miembros de la Comisión, el terrorismo, cuando es sistemático y sostenido, es un crimen de trascendencia internacional. Además se indicó que está universalmente aceptado que el terrorismo, practicado en cualquiera de sus formas, es un acto criminal y que para determinar la lista de actos terroristas tipificados como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se deberían seguir tres criterios objetivos, a saber, la gravedad, el carácter masivo y la violación del

subregionales competentes, incluida la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en particular con su Sudivisión de Prevención del Terrorismo, comience hacer visitas a los Estados, con el consentimiento de éstos, a fin de vigilar mejor el cumplimiento de la obligaciones derivadas de la Resolución 1373 (2001) y facilitar la prestación de asistencia técnica y de otra índole para cumplirla. Vid Resoluciones 1535 (2004) y 1566 (2004) del Consejo de Seguridad.

[73] En Europa se considera además un atentado contra la democracia pluralista, el estado de derecho y la protección de los derechos y libertades fundamentales. Vid. al respecto la Resolución Nº 3 del Consejo de Europa relativa a la lucha contra el terrorismo adoptada en la 26ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia (Helsinki, 7-8 abril 2005) MJU-26 (2005) Resol.3 Final.

ordenamiento internacional[74]. Por otro lado, en su Proyecto de 1994 sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional justificó la inclusión de los crímenes tipificados en los "convenios antiterroristas universales" mencionados en el Anexo del proyecto de Estatuto a que se refería el artículo 20 (en ese momento, los relativos a la seguridad de la aviación civil y a la toma de rehenes), en la medida en que respondían a la garantía *nullum crimen sine lege* y habían creado un sistema de competencia universal basado en el principio *aut dedere aut judicare*, todo ello sin olvidar que el apartado e) del artículo 20 requería que el crimen de que se trate constituyera un crimen excepcionalmente grave de trascendencia internacional[75].

No obstante lo anterior, el crimen de terrorismo no ha sido incorporado como crimen autónomo ni en el Proyecto de Código de 1996 sobre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad –aunque los actos de terrorismo se mantuvieron como conductas constitutivas de crimen de guerra, cometidas en infracción del Derecho internacional humanitario[76]–, ni en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales aprobados hasta el momento, incluido el de la Corte Penal Internacional. Tampoco el terrorismo ejercido durante el mandato de los "Jemeres Rojos" aparece singularmente especificado como crimen de la competencia de las Salas Especiales acordadas por las Naciones Unidas y el Gobierno camboyano para enjuiciar, en su momento, los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática de Pol Pot, cuya competencia material se limita al crimen de genocidio según se define en la Convención de 1948, los crímenes de lesa humanidad según se definen en el Estatuto de Roma de 1998, las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y los demás crímenes tipificados en la Ley de 10 de agosto sobre el establecimiento de estas Salas[77].

En cuanto a la elaboración del Estatuto la Corte Penal Internacional, si bien en los trabajos de la Comisión Preparatoria el crimen de terrorismo aparecía referenciado de forma independiente[78], el Estatuto de Roma no recoge como tipo criminal específico

---

[74] Informe de la CDI a la Asamblea General, NU Doc. A/46/10, Suplemento Nº 10, artículo 24. Véase también, ACDI 1995, Vol.II, 2ª Parte, pp. 28-29 y 43-44.

[75] Vid. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46º periodo de sesiones (A/49/10), p.43.

[76] Art.20. f) iv) del Proyecto de artículos del Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, UN Doc. A/51/10, Suplemento Nº 10, p.120.

[77] Vid. A/RES/57/228 B, Resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de mayo de 2003.

[78] Cfr. A/CONF.183/2/Add.1, pp. 27-28. Esta propuesta, que mantiene la tendencia marcada por el proyecto sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI de 1995, opta por la técnica mixta. Por un lado se define como crímenes de terrorismo "cometer, organizar, promover,

el terrorismo internacional, aunque las propuestas de diversos Estados (Argelia, India, Sri Lanka y Turquía) llevaron a que no obstante se adoptara la Resolución E, como parte del Acta Final de la Conferencia de Roma, que prevé el examen del terrorismo internacional con vistas a su incorporación al Estatuto una vez que haya entrado en vigor. Además, en la mencionada Resolución se reconoce que

> "los actos terroristas, por quienquiera y dondequiera que sean perpetrados y cualesquiera que sean sus formas, métodos o motivos, *constituyen graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional*" [79].

Los motivos de esta exclusión se refirieron, entonces, principalmente a la inexistencia de una definición universal de terrorismo, al temor a una politización de la Corte, al carácter no suficientemente grave de la infracción terrorista y a la consideración de que sería más efectiva la persecución a nivel nacional[80]. Motivos que en la actualidad están resultando trastocados por la práctica anteriormente reseñada. Más concretamente y respecto la politización de la Corte y la conveniencia de la persecución nacional, se ha indicado que la Corte podría ser percibida como un órgano imparcial y representativo del sistema jurídico internacional, incluyendo más garantías en la protección de los derechos humanos. Además la Corte evitaría, en cierta medida, la activación del complicado y complejo sistema de extradición y cooperación internacional entre Estados atenuando la politización de las relaciones interestatales, en especial cuando, como en el *asunto Lockerbie*, la sanción del atentado terrorista deja de ser un fin en sí mismo para convertirse en una política de Estado y de las relaciones internacionales de los Estados implicados en la controversia derivada del mismo[81].

---

ordenar, facilitar, financiar, alentar o tolerar actos de violencia contra otro Estado dirigidos contra las personas o los bienes y cuya naturaleza sea tal que creen terror, miedo o inseguridad en la mente de figuras públicas, grupos de personas y la población o poblaciones en general, cualesquiera sean los motivos y propósitos que se hagan valer para justificarlos, ya sean estos de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica o religiosa o de naturaleza similar". Y a continuación se efectúa la remisión a los Convenios antiterroristas internacionales.

[79] A/CONF.183/10. El énfasis es añadido. La exclusión no significa que los actos de terrorismo no puedan ser calificados, al margen del Estatuto, como crímenes internacionales. Los propios arts. 10 y 22.3 del Estatuto Roma prevén que nada de lo dispuesto en el Estatuto se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de Derecho internacional ni afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional independientemente del presente Estatuto. Por su parte, la Resolución 1528 (2001) y las Recomendaciones 1524 (2001) y 1644 (2004) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa han exhortado a los Estados miembros a que emprendan la enmienda del Estatuto de la Corte Penal Internacional para incluir expresamente como un crimen específico contra la humanidad los actos de terrorismo

[80] A. Cassese, "Terrorism as an international crime", *loc.cit.*, p. 218.

[81] Vid. sobre este particular, R. Arnold, *The ICC as New Instrument for Repressing Terrorism*, *op.cit.* pp.62-65; "Fora for trying international terrorists: the role of the International Criminal Court", en

IV. El terrorismo como crimen contra la Humanidad.

Los crímenes internacionales responden a una doble caracterización: *formal*, en el sentido de infracción establecida por una norma internacional (convencional o consuetudinaria), y *material* en cuanto atentado contra el orden público de la sociedad internacional expresado en una serie de valores comúnmente admitidos como obligatorios por la Comunidad internacional en su conjunto[82]. A esta doble caracterización habría que añadirle una tercera de carácter *penal/procesal* sustentada en los principios antes examinados relativos a la responsabilidad penal individual[83] y la jurisdicción universal articulada bajo la máxima *aut dedere aut judicare* que evidencia el interés universal en la persecución de estos crímenes tanto a nivel nacional como internacional[84]. El Estatuto de Roma ha sintetizado los crímenes de su competencia

---

International Terrorism: Legal Challenges and Responses, A Report by the International Bar Association's Task Force on Internarional on International Terrorism, Transnational Publisher, New York 2003, pp.147-148. También se ha indicado respecto a los actos de terrorismo que "al quedar a merced de los Estados, estos crímenes exigen que tanto legisladores como jueces nacionales sintonicen la supremacía del Derecho internacional en sus actuaciones. En cuanto a algunas formas de terrorismo, como asesinatos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, podrían castigarse dentro de la figura de crímenes contra la humanidad y, consecuentemente, ser jurisdicción de la CPI" (J. L. Collantes, "La Corte Penal Internacional. El impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales" *RECPC*, 04-07 (2002), p.19, http://criminet.ugr.es/recpc)

[82] Vid. A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2003, pp.23-24; A. Cassese y M Delmas-Marty, *Crimes Internationaux et Juridictions Internacionales*, PUF, París, 2002, pp.5-6; L. Condorelli, "Présentation de la II partie", en *Droit International Penal*, H.Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (Dirs.), Paris, 2002, pp 241-247

[83] Según la profesora Abellán Honrubia, tres elementos constituyen el fundamento jurídico de la norma que atribuye responsabilidad internacional al individuo: la protección de un bien cuya salvaguarda es esencial para la comunidad internacional, sea el Estado o el ser humano genéricamente considerado, la vinculación de este protección con una función general propia del derecho internacional, y el interés jurídico de los Estados y de la Comunidad internacional (cfr. V. Abellán Honrubia, "La responsabilité internationale de l'individu", *RCADI*, 1999, t.280, p. 202). Respecto a los convenios antiterroristas relativos a la aviación civil y marítima, la profesora Jiménez Cortés afirmaba que no establecen de forma nítida el principio de responsabilidad penal individual encontrándose en una zona gris al no indicar que el delito regulado fuera internacional, ni obligar al individuo a abstenerse de tales conductas. Además todas las obligaciones se dirigen a los Estados (C. Jiménez Cortés, "La responsabilidad del individuo ante el Derecho internacional: hacia una sistematización de los delitos", *Agenda ONU* 1998, p.56-57). No obstante, esta situación se ha modificado drásticamente tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, no sólo en virtud de las resoluciones del Consejo de Seguridad, sino también en virtud de la práctica convencional más reciente que califica los actos terroristas objeto de regulación como actos criminales e injustificables. A nivel de la *Unión Europea*, se ha procedido a la consagración de *la individualización de la responsabilidad penal por la comisión de actos de terrorismo*. En tal sentido, tanto la Posición Común del Consejo de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, como la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, se aplican a las personas, grupos y entidades que intervengan en los actos terroristas en ellas enumerados, entendiéndose por *grupo terrorista* todo grupo estructurado de más de dos personas, establecido durante cierto tiempo, que actúe de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas.

[84] M. CH . Bassiouni y E. M. Wise, *Aut Dedere Aut Iudicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995; M. Ch. Bassiouni, "Universal

como los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (art.5).

4.1. Terrorismo como crimen de guerra o de lesa humanidad en conflicto armado.

Concretamente y en cuanto *crimen de guerra*, el Derecho Internacional Humanitario sí que prevé los actos de terrorismo como violaciones del Derecho vigente en los conflictos armados. Además de la referencia en el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, que establece que las penas colectivas así como toda medida de intimidación o terrorismo quedan prohibidas, el artículo 51.2 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales prohíbe los actos o amenazas de violencia cuya *finalidad principal* sea aterrorizar a la población civil, disposición que interpretada de forma sistemática con el apartado 4 del mismo artículo prohíbe los ataques o actos de violencia que, aunque estén dirigidos contra un objetivo militar, causen de hecho muertos o heridos entre la población civil o destruyan bienes de carácter civil, incluida la infraestructura civil, de manera desproporcionada. La *intención* de aterrorizar a la población civil es un elemento necesario para definir un acto como terrorista, por la sencilla razón de que, en la guerra, todo recurso a una fuerza mortífera puede aterrorizar a quienes no participan en las hostilidades, aunque el ataque esté dirigido contra un objetivo legítimo (por ejemplo, un bombardeo aéreo contra un objetivo militar cercano a una zona civil)[85]. Por su parte, el Protocolo Adicional II relativo a la protección de la víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional prohíbe en todo tiempo y lugar los actos de terrorismo –art.4 d)– e indica que quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil (art. 13.2).

---

jurisdiction for international crimes: historical perspective and contemporary practice", *VIJL* 2001-1, pp.1 82; R. Kolb, "The Exercise of criminal jurisdiction over international terrorist", en *Enforcing International Law. Norms against Terrorism*, A. Bianchi (Ed.) Oxford and Portland Oregon, 2004, pp.227 ss.; A. Sánchez Legido, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.233-239.

[85] En este sentido se pronuncia H.P.Gasser, "Actos de terror, «terrorismo» y derecho internacional", http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList521/200E562FAB1CB42AC1256DE2003426A9. Según este autor, "los actos terroristas no *tienen que* afectar necesaria o exclusivamente a personas civiles o a la infraestructura civil. Hay que destacar que las amenazas de violencia cuyo objetivo sea sembrar el terror entre la población civil también están prohibidas." Vid. también, A. Cassese, "Terrorism as an international crime", *loc. cit.* p.221. Desde la perspectiva jurisprudencial resulta de interés la Sentencia de 1 de septiembre de 2004 dictada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el asunto *"Krajina"* (Caso nº.: IT-99-36-T), par.600.

En el comentario del artículo 51.2 del Protocolo I se resalta que lo que se ha pretendido con esta disposición es prohibir los actos y amenazas de violencia que, sin presentar un valor militar importante, tienen como objetivo principal sembrar el terror entre la población civil. Asimismo se hace referencia al artículo 85.3 del Protocolo I en el que se dispone que se considerará *infracción grave* del presente Protocolo el hecho de someter intencionalmente a la población civil o a personas civiles a un ataque causando la muerte o atentando gravemente a la integridad física o a la salud, incluyendo, pues, los actos terroristas. Por su parte, en el asunto *Kupreskic*, el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia ha reconocido valor consuetudinario a la prohibición de las represalias cometidas contra la población civil referida en el artículo 51.2 del Protocolo I[86].

Los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR), si bien no tipifican el crimen de terrorismo internacional, establecen la responsabilidad penal individual de los que hubieran cometido crímenes de lesa humanidad, entre los que se incluyen "otros actos inhumanos" cometidos contra la población civil [durante un conflicto armado, interno o internacional, en el caso del Tribunal para la antigua Yugoslavia (art.5.) y por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas en el caso del Tribunal Internacional para Rwanda (art.3)], supuesto en el que se pueden incluir los actos de terrorismo. Además el Estatuto del Tribunal para Rwanda (art.4.d)), así como el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (art.3 d)) asumen *los actos de terrorismo* como violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra.

Es más, si bien el Estatuto del TPIY no hace referencia expresa a los actos de terrorismo, sin embargo el Tribunal ha examinado los "actos y políticas de terror" como elementos integrantes de los crímenes de lesa humanidad (art. 5 del Estatuto) y de los crímenes de guerra, bien como violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 2 del Estatuto), bien como violación de las leyes o usos de la guerra (art. 3 del Estatuto)[87]. Respecto al *crimen de lesa humanidad*, en el asunto *Krstic "Srebrenica"*, la Sala de Primera Instancia examinó numerosas actuaciones terroristas contra la

[86] Sentencia de 14 de enero de 2000, IT-95-16-T, pars.527-534.

[87] Las sentencias del TPIY pueden consultarse en la siguiente dirección: http://www.un.org/icty. Sobre esta cuestión vid. C. Tournaye, "L'apport des Tribunaux *ad hoc* por la répression du terrorisme", *loc.cit.*, pp.416-430.

población civil bosnia y estimó que la crisis humanitaria, la campaña y crímenes de terror y la deportación o traslado forzoso de mujeres, niños y personas mayores constituían crímenes contra la humanidad, especialmente como persecuciones y actos inhumanos[88]. En cuanto *crímenes de guerra*, el TPIY ha conocido de los actos de terrorismo, incluyendo aquellos que crean una "atmósfera de terror", en conexión con las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (tortura o tratos inhumanos), las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (tortura o tratos inhumanos) y la violación de las leyes o usos de la guerra (trato cruel) [89].

Dentro de esta jurisprudencia, se ha de resaltar la Sentencia de 5 de diciembre de 2003 sobre el asunto *Fiscal c. Stanislav Galic* en la que el Tribunal para la antigua Yugoslavia ha admitido su competencia sobre *los actos de terrorismo contra la población civil como supuesto específico de violación de las leyes y usos de la guerra, como crimen específico de Derecho internacional humanitario*[90], bajo la cobertura convencional del artículo 51.2 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra de 1949 y los criterios mantenidos por la Sala de Apelaciones en su decisión sobre la competencia en el *asunto Tadic* sobre las condiciones necesarias para la aplicación del artículo 3 del Estatuto. Esto es: i) la violación debe comportar un atentado a una regla de Derecho internacional humanitario; ii) la regla debe tener carácter consuetudinario o, si deriva del Derecho convencional, debe cumplir las condiciones en él requeridas; iii) la violación debe ser grave, es decir, debe constituir una infracción de las reglas que protegen valores importantes y esta infracción debe entrañar graves consecuencias para la víctima; iv) la violación debe entrañar, en los términos del Derecho internacional consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de su autor[91]. En este marco de apreciación se hace, además, referencia al concepto de terrorismo

[88] Cfr. par. 607 de la Sentencia de 2 de agosto de 2001 (caso nº: IT-98-33). Véase también, pars. 1, 41,44, 46, 122, 147, 150, 153, 292, 364, 517, 527, 533, 537, 653, 668, 671 y 677. Vid también la Sentencia de 3 de marzo de 2000 en el asunto *Blaskic* (IT-95-14) *"Lasva Valley*", par.505 y sentencia de apelación de 29 de julio de 2004, par.447; Sentencia de 18 de diciembre de 2003 en el asunto *Nicolic* (caso nº: IT-94-2-S), pars.109 y 31 y la Sentencia de 1 de septiembre de 2004, asunto *Brdjanin IT-99-36 "Krajina"*, par. 1005. Por su parte, en el auto de procesamiento de *Milosevic* se le acusa, en cuanto crímenes de lesa humanidad (deportación, traslado forzoso como acto inhumano, asesinato y persecución), entre otros, por los cargos de planear, instigar, ordenar y apoyar deliberadamente una campaña de terror generalizada y sistemática contra la población civil albanesa en Kosovo (*Kosovo: Second Amended Indictment*, 29 October 2001).

[89] Asunto *Celebici*, Sentencia de 16 de noviembre de 1998, pars. 976, 1056, 1086-91 y asunto *Blaskic*, Sentencia de 3 de marzo de 2000; pars. 505, 511, 630, 695,700, 732-3.

[90] Cfr. los pars. 63-138 de la Sentencia (caso nº: IT-98-29-T).

[91] Par. 94 de la Decisión.

expresado en el artículo 2 b) del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, así como a la práctica estatal desde la perspectiva legislativa y jurisprudencial.

Por último, hemos de destacar el *Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur (Sudán)* remitido al Secretario General el 25 de enero de 2005. En el mismo, con especial referencia a la protección de la población civil, se indica que la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional seguido de la adopción del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona suponen la cristalización consuetudinaria de la normativa que rige los conflictos armados internos así como de la criminalización de las violaciones graves de esta normativa, incluyendo el principio de *responsabilidad penal individual*. A los efectos de este Informe, se menciona expresamente que el Derecho consuetudinario vigente y aplicable a los conflictos armados internos proscribe los ataques dirigidos a aterrorizar a la población civil así como los actos de terrorismo[92], cuestión sobre la que, en su caso, podrá pronunciarse la Corte Penal Internacional al haber remitido el Consejo de Seguridad la situación de Darfur, desde el 1 de julio de 2002, al Fiscal de este Tribunal[93].

Respecto al Estatuto de la Corte Penal Internacional, se establece que la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, *en particular* cuando se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Y a los efectos del Estatuto se entiende por crímenes de guerra respecto a los conflictos internacionales las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 contra personas o bienes protegidos por estos Convenios (art.8.2 a)[94], así como las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales *dentro del marco del derecho internacional* (art.8.2 b). En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo

---

[92] http://www.un.org/News/dh/sudan/com_dinqarfur.pdf, pp.46-49. La inclusión de la prohibición de los actos terroristas se fundamenta en los siguiente presupuestos jurídicos: el art.4.2 d) del Protocolo Adicional II; el art.4 d) del Estatuto del TPIR y el art.3 d) del Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona; el Informe del Secretario General sobre el establecimiento de este último Tribunal en el que se afirma que el art.4 del Protocolo II formaba parte del derecho consuetudinario; y en el *asunto Galic* (ICTY, Sentencia de 5 de diciembre de 2003, par.769).

[93] Vid. Resolución 1593 (2005), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005.

[94] Vid. Arts.50, 51, 130 y 147 de los respectivos cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Sobre el estatuto de "personas protegidas" en los Convenio de Ginebra y la interpretación extensiva por la jurisprudencia del TPIY sobre la base del interés de la personas en los conflictos armados más allá de la consideración de la nacionalidad, vid. M. D. Bollo Arocena, *Derecho Internacional Penal...., op.cit.*, pp.245-250 R. Arnold, *The ICC as a New Instrument For Represssing Terrorism, op. cit.* , pp.195-196.

3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (art.8.2.c)) así como otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados que no sean de índole internacional, *dentro del marco establecido por el derecho internacional*. A continuación el artículo 8 especifica los actos criminales que se incluyen en cada una de estas categorías sin mencionar, a pesar de su reconocimiento por parte del Derecho humanitario como anteriormente hemos señalado, los actos de terrorismo como crimen de guerra específico.

El artículo 8 del Estatuto de Roma nace bajo el signo de la especificidad y de la transacción. No sólo porque establezca una *lista exhaustiva* de tipos delictivos, entre los que no se incluye de forma especifica el terrorismo, sino además porque introduce ciertas condiciones de criminalidad cuya incidencia real está por determinar. Tal es el caso de la denominada "cláusula umbral" relativa a que la competencia de la Corte se activará *en particular* cuando los crímenes de guerra se hayan cometido a gran escala o en el marco de un plan o política[95], o la exigencia de que las violaciones graves referenciadas en los artículos 8.2.b) y 8.2 e) –esto es, violaciones cuya sanción normativa proviene esencialmente de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenio de Ginebra–, se han de examinar dentro del "marco del Derecho internacional", lo que exigirá de la Corte Penal Internacional someter la sanción de estas infracciones al "test consuetudinario" para destilar su consideración de norma general de Derecho internacional[96]. Por otro lado, el apartado f) *in fine* del artículo 8.2 añade el adjetivo "prolongado" al conflicto armado interno cuando éste se produce entre las autoridades gubernamentales y los grupos armados organizados o entre tales grupos. Así pues, en el

[95] Sobre este particular vid. I. Lirola Delgado y M. M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona, 2001, p.126. Esta cláusula puede interpretarse como una condición no esencial o ineludible cuya ausencia desactive la competencia de la Corte, más cuando la expresión "en particular" se planteó como alternativa al adverbio "sólo" que pretendía establecer un alto umbral de competencia de la Corte. Tal presupuesto reafirmaría el presupuesto del art.5 del Estatuto de que la "competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", aun cuando esta última consideración, más la naturaleza complementaria de la jurisdicción de la CP respecto a las jurisdicciones nacionales, es esgrimida por otros para estimar que la Corte sólo será competente cuando tales crímenes se comentan en el marco de un plan o política o a gran escala. Sobre esta cuestión vid. R. Arnold, *The ICC as a New Instrument for Represssing Terrorism*, *op.cit.*, p. 162; F. J. Quel López, "La Competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados", en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática Nº 4, Madrid, 2000, pp.96-97: M.H. Arsanjani "The Rome Statute of the International Criminal Court", *AJIL* 1999-1,p.33; W. J. Frenrick "Commentary to Art.8" en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, O Triffterer (Ed.), Baden-Baden 1999, p.181. M. Bothe, "War Crimes" en *The Rome Statute of the International Criminal Court a Commentary* A. Cassese, P. Gaeta, J R.W.D. Jones (eds.), Oxford, 2002, p.380.

[96] A. Cassese, *International Criminal Law, op.cit.*, pp.59-60.

caso de conflictos no internacionales las actividades terroristas pueden resultar incluidas o excluidas de esta regulación en virtud del carácter prolongado de la actividad así como del carácter organizado del grupo terrorista, requisito que ya había sido exigido por la jurisprudencia del TPIY[97].

También es de destacar la transaccional "moratoria jurisdiccional" respecto al supuesto del empleo de armas, proyectiles materiales y métodos de guerra que por su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del Derecho humanitario internacional, cuya desactivación exige prohibición convencional completa e inclusión como anexo en el Estatuto de Roma. Esta disposición no sólo elude los convenios existentes en la materia sino que supone un paso atrás respecto a los Tribunales Penales Internacionales. A tal efecto, en el asunto *Martic* se estableció que si bien no estaba prohibido como tal el uso de bombas de racimo, éste constituía un crimen de guerra (violación de las leyes o usos de la guerra) cuando no se utilizan contra objetivos militares sino con la finalidad de aterrorizar a la población civil[98]. Consideración que también fue analizada en el Informe Final remitido al Fiscal del TPIY por el Comité que examinó la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federal Yugoslava, aun cuando el Comité llegara a la conclusión de que no estaba probado que tal campaña con este tipo de armamento se hubiese realizado con la intención criminal de aterrorizar ni procediese a realizar un examen global de las distintas actuaciones de la OTAN para precisar si las mismas pudieran tener, en su conjunto, la consideración de "campaña de terror" contra la población civil yugoslava[99].

---

[97] Asuntos *Tadic*, IT-94-1-T, Sentencia de 7 de mayo de 1997, p.562 y Asunto *Delalic*, IT-96-21-T, Sentencia de 16 de noviembre de 1998, par. 184

[98] "These attacks are therefore contrary to the rules of customary and conventional international law already discussed above and fall within the scope of Article 3 of the Statute" (http://www.un.org/icty/transe11/R61/960308IT.htm)

[99] *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia* (http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm). Vid pars.27 y 35-51. En su párrafo 90 el Informe concluye que: "NATO has admitted that mistakes did occur during the bombing campaign; errors of judgment may also have occurred. Selection of certain objectives for attack may be subject to legal debate. On the basis of the information reviewed, however, the committee is of the opinion that neither an in-depth investigation related to the bombing campaign as a whole nor investigations related to specific incidents are justified. In all cases, either the law is not sufficiently clear or investigations are unlikely to result in the acquisition of sufficient evidence to substantiate charges against high level accused or against lower accused for particularly heinous offences". Sobre este particular, vid. A. Remiro Brotóns, "Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional,*Valencia 2001, p.205 y P. Benvenuti, "The ICTY Prosecutor and the Review Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia" *EJIL* 2001, nº 12, pp.503-529.

Es más, esta previsión del Estatuto supondría la exclusión, en principio, del Convenio internacional de 1997 para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas que prohíbe el empleo de artefactos explosivos –incluidos los explosivos químicos, biológicos y radiactivos–, dirigidos contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico, así como el recientemente adoptado Convenio contra el terrorismo nuclear que prohíbe los actos de terrorismo nuclear cometidos con la intención de herir o matar, así como de destruir propiedades o dañar y destruir el medio ambiente. De tal forma que en el hipotético caso de que se introdujera el terrorismo como un supuesto específico de crimen de guerra o como crimen de lesa humanidad (o lo calificáramos como tal conforme al Estatuto vigente) podríamos encontrarnos ante la paradoja, si se mantiene esta moratoria, de que el empleo de este tipo de explosivos podría castigarse como atentado terrorista pero no como un crimen específico de guerra.

A pesar de su no mención específica en el Estatuto y atendiendo a las especificidades que éste incorpora, la Corte podría conocer de los actos terroristas como crímenes de guerra en la medida en que tales actos quedasen subsumidos en las previsiones del artículo 8. En particular dentro de las categorías criminales del artículo 8.2 b) y 8.2 e) referidas a los ataques intencionales que se produzcan, tanto en conflictos armados internacionales como internos, contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades, incluyendo los ataques contra el personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados. La protección de la población civil en los conflictos armados, internacionales o internos, se presenta en el Estatuto de Roma como un propósito esencial en la persecución de estos crímenes[100].

[100] Vid. al respecto, K.Dörmann, L. Doswald-Beck, R. Kolb, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of International Criminal Court: Sources and Commentary*, Doswald-Beck (Ed.), Cambridge University Press, 2003, pp.128-147 y 443-446.

4.2. Terrorismo como crimen de lesa humanidad. La doble tipificación nacional: terrorismo y crimen de lesa humanidad como delitos diferentes con fundamentación internacional común.

No obstante, la mayoría de los actos terroristas que han conmocionado a la opinión pública no tienen la consideración de crímenes de guerra a menos que afirmemos, que no es el caso, que la "guerra contra el terrorismo" emprendida por ciertos Estados ha transformado *uti singuli* los parámetros del actual Derecho humanitario. Su calificación habría que reconducirla a la de crímenes de lesa humanidad[101].

La noción de *crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad*, cuyo origen penal se remonta a los Estatutos de los Tribunales Internacionales de Nuremberg y Tokio de 1945 y que ha sido ampliamente aplicada por los Tribunales penales internacionales *ad hoc* en virtud de sus respectivos Estatutos[102], queda en todo caso declarada como norma consuetudinaria por el Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional[103]. Como se afirma en los Elementos del Crimen respecto al artículo

---

[101] Sobre la calificación del terrorismo como crimen contra la humanidad, véase C. Silverman "An appel to the United Nations: terrorism must come within the jurisdiction of an International Criminal Court", *New England International and Comparative Law Annual*, 1997, vol.4 (http://www.nesl.edu/intljournal/VOL4/CS.HTM); N.J. Schrijver, "Responding to international terrorism:moving the frontiers of international law for 'enduring freedom'?, *NILR*, 2001-3, pp.287-289; A. Cassese, "Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law", *EJIL* 2001-5, pp.903-1002; R. Badinter, "Après l'horreur de Manhttan. Un crime contre l'humanité" *Le Nouvel Observateur* de 20-26 de septiembre de 2001, p.104 ; A. Vallieres "L'Institut International des Droits de l 'Homme, le Tribunal Pénal International et le terrorisme international ", *Periódico del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, nº 1*, 2001, pp.4-6 (http://www.iidh.org); Y. Jurovics, "Les controverses sur la question de la qualification du terrorisme: crime de droit comun, crime de guerre ou crime contre l'humanité ?" en *Le Droit International face au Terrorisme*, Cahiers Internationaux nº 17, Pedone, Paris, 2002, pp.99-101; M. Cherif Bassiouni, "Legal control of international terrorism : a policy-oriented assessment", *HILJ* 2002-1, pp.83-104 ; S. von Schorlemer, "Human rights: substantive and institutional implications of the war against terrorism", *EJIL* 2003-2, pp.272-274 ; G. Doucet, "Conclusion : de la nécessité d'une réponse pénale universelle au crime du terrorisme", en *Terrorisme, Victimes et Responsabilité Pénale Internationale*, Calmann-Lévy, 2003, p.531-534.

[102] Sobre el carácter consuetudinario de la tipificación del crimen de lesa humanidad además de lo dicho a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional sobre el asunto *Scilingo*, se ha de destacar que en el Informe del Secretario General presentado de conformidad con la Resolución 808 (1993) sobre la constitución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, se afirmaba que el Consejo de Seguridad adoptando el Estatuto de dicho Tribunal no estaba creando normas de derecho ni pretendía legislar respecto a ese derecho pues este Tribunal Internacional se encargaría únicamente de aplicar el *derecho internacional humanitario ya existente.* A continuación precisa que este cuerpo legal comprende a la vez derecho convencional y derecho consuetudinario (vid. pars.29 y 33 S/25704 + Corr.1). El Informe puede consultarse en *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y Textos Complementarios*, F. Pignatelli y Meca (Ed.), Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp.111-112.

[103] Sobre esta cuestión, vid. L. Condorelli, "La Cour Pénale Internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)", *RGDIP* 1999-1, p.10; V. Abellán Honrubia, "La responsabilité….", *loc.cit.*, pp.331-340; M. Bettati, "Le crime contre l'humanité" en *Droit International Penal*, H.Ascensio, E. Decaux, y A. Pellet (Dirs.), Pedone, Paris, 2000, p.294; A. Peyro Llopis, *La Compétence Universelle en Matiere de Crimes contre l'Humanité*, Bruylant, Paris, 2003, pp.6-8 ; A. Cassese, *International Criminal Law, op.cit.*

7 del Estatuto, los crímenes de lesa humanidad se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al Derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo[104].

Al margen de los singulares requerimientos jurisdiccionales que sus respectivos Estatutos incorporan a los crímenes de lesa humanidad referentes a la existencia de conflicto armado e intención discriminatoria –deudoras de la especificidad del conflicto en el que se cometieron los crímenes–, en virtud de la jurisprudencia elaborada por el TPIY (en particular, asuntos *Tadic*, *Kunarac* y *Balskic*) y el TPIR (en especial, asuntos *Musema*, *Akayesu*, *Kayishema* y *Ruzidama*)[105], así como del *Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur de 2005*, las notas que definen los crímenes de lesa humanidad se refieren a la necesidad de que los actos delictivos se inscriban en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, sin necesidad de que este ataque sea traduzca necesariamente en un recurso a la fuerza armada –comprende igualmente todo maltrato infligido a la población civil–, esté vinculado a la existencia de un conflicto armado ni que el mismo esté originado, en principio, por una intención discriminatoria. En cuanto al elemento intencional, se requiere que el acusado debe no solamente tener la intención de cometer los crímenes de los que se le acusa, sino también saber que la población civil constituye el objeto del ataque y que sus actos

---

pp.67-74; M. D. Bollo Arocena, *Derecho Internacional Penal..., op..cit.* pp.61-71; J. Vives Chillida, "La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad", *loc.cit.*, pp.329-350. La documentación sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional puede consultarse en la siguiente dirección de internet: http://www.un.org/spanish/law/icc/index.html

[104] http://www.iccnow.org/espanol/org_interg/onu/prep_com/elem_crim.pdf

[105] Vid. asunto *Kunarac (*IT-96-23&23/1), sentencia de apelación de 12 de junio de 2002 para. 85 y sentencia de 22 de febrero de 2001, para. 410; *Krstic* (IT-98-33) sentencia de 2 de agosto de 2001, para. 482; *Kvocka (*IT-98-30/1) Sentencia de 2 de noviembre de 2001, para. 127; *Krnojelac* (IT-97-25) sentencia de 15 de marzo de 2002, para. 53; *Prosecutor v. Mitar Vasiljevic*, Case No. IT-98-32-T, Judgement , 29 November 2002 *("Vasiljevic* Trial Judgement"), para. 28. Sobre la jurisprudencia del ICTR, *see Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement , 2 September 1998 ("*Akayesu* Trial Judgement"), paras 565-584; *Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13-T, Judgement, 27 January 2000 ("*Musema* Trial Judgement"), paras 199-211; *Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Judgement and Sentence, 6 December 1999 (" *Rutaganda* Trial Judgement"), paras 64-76; *Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgement, 21 May 1999 ("*Kayishema* Trial Judgement"), paras 119-134; *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-A, Judgement, 1 June 2001 ("*Akayesu* Appeal Judgement"), paras 460-469. Sobre esta cuestión, vid. G. Mettraux, "Crimes against Humanity in the jurisprudente of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda", *HILJ* 2002-1, pp.237 y ss.

se inscriben en el marco del mismo, o que al menos asume el riesgo de que su actuación participa en ese ataque.

Aunque se ha señalado que no es un elemento constitutivo del tipo penal[106], se precisa implícitamente, aunque sea meramente en el marco de la administración de la prueba, la existencia de una política o plan instigados o dirigidos desde cualquier instancia, estatal o *grupal*, que disponga de la organización e infraestructuras necesarias para la comisión de las conductas criminales que integran el tipo de los crímenes de lesa humanidad, incluyendo como se indicó por la acusación sin que fuera rebatida por la defensa en el caso *Tadic*, una organización terrorista[107]. No obstante, tal planteamiento ha quedado despejado en el Estatuto de Roma a favor de su inclusión en el tipo penal pues, conforme a su artículo 7, por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la *comisión múltiple* de actos mencionados en el párrafo 1 contra la población civil de conformidad con *la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*, sin que sea necesario, conforme a lo dispuesto por los Elementos del Crimen, que los actos constituyan un ataque militar, precisándose que se entiende que la política de cometer ese ataque requiere que el Estado o la organización promueva o aliente *activamente* un ataque de esa índole contra la población civil[108].

---

[106] Cfr. asunto *Kunarac, Kovac y Vukovic* (IT-96-23 et IT-96-23/1 *"Foca"*), sentencia en apelación de 12 de junio de 2002, par.98; asunto *Krnojelac* (*IT-97-25 "Foca")* sentencia de 15 de marzo de 2002, par.58; *Kordic* y *Cerkez* (IT-95-14/2-T), sentencia de 26 de febrero de 2001; *Vasiljevic*, *ut infra*. par.36.

[107] Cfr. Sentencia 7 de mayo de 1997, par.654.

[108] El término «activamente » ha suscitado numerosas críticas pues "considerar que la pasividad ante esos crímenes generalizados y sistemáticos no demuestra de por sí sola una determinada política de aliento o promoción de los mismos es, de nuevo, irracional y arbitrario, y abre la puerta a la impunidad en todos aquellos casos en los que la notoriedad no sea parte de la política de cometer crímenes contra la humanidad", J. M. Gómez-Benítez, "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español", en *El Derecho Penal Internacional*, 2001, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2001, p.25. Respecto a esta cuestión, en Los Elementos del Crimen se especifica que esa política "en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de este tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o de la organización" (ICC-ASP/1/3, p.120). Otros de los problemas que plantea el art. 7 del Estatuto de Roma es la expresión "comisión múltiple de los actos mencionados en el párrafo 1". A tal efecto se ha indicado que no puede considerarse una frase acertada, ya que parece indicar que el ataque tiene que implicar siempre varios asesinatos, exterminios, deportaciones, etcétera, es decir, varios actos homogéneos, por lo que no se produciría cuando estemos ante la comisión de actos heterogéneos: un asesinato, una deportación, tortura….. Esta interpretación literal carece de sentido, al menos con respecto a aquellos actos típicos a los que es consustancial la pluralidad de víctimas, como, por ejemplo, el exterminio, el traslado forzoso de población, la persecución de un grupo o colectividad o el *apartheid* ……"En consecuencia, cuando los propios actos típicos ya implican la generalidad del ataque, esto es, la multiplicidad de víctimas, no parece conforme al sentido de la ley exigir, además, la multiplicidad de actos como elemento irrenunciable de la línea de conducta de la que tienen que formar parte", vid. J. M. Gómez-Benítez, *ibid*. pp.29-30.

En los crímenes de lesa humanidad el bien jurídico tutelado es la *población civil*. Este crimen se caracteriza por la despersonalización de la víctima que, en el caso del terrorismo, se traduce en que el objetivo es la generación de terror más allá de la víctima inmediata de la violencia[109], y por la consagración de la inviolabilidad de la población civil frente a los ataques de los Estados y de los actores no estatales[110]. Que la población civil sea el objetivo del ataque no significa que éste deba ser contra toda la población de la zona geográfica del lugar de la comisión (sea un Estado, una ciudad, un municipio u otro tipo de circunscripción), es suficiente con demostrar que en virtud de la magnitud o escala, los métodos o medios utilizados el ataque efectivamente se ha dirigido directamente, de forma general o indiscriminadamente, contra la población civil. Asimismo se ha destacado que la población ha de ser predominantemente, no exclusivamente, civil incluyendo las personas fuera de combate durante la comisión del hecho incriminable, por lo que la existencia de personal militar no altera la naturaleza civil de este presupuesto[111]. Es más, algún autor ha indicado que los ataques dirigidos contra personal militar o contra las instalaciones militares pueden ser calificadas como crímenes de lesa humanidad si el propósito del ataque es aterrorizar a la población civil[112].

El presupuesto de que el ataque tiene que ser generalizado o sistemático excluye los actos aislados o fortuitos, entendiéndose por generalizado que el ataque sea a gran escala, lo que aparece reflejado en el número de víctimas, mientras que el carácter sistemático denota el carácter organizado de los actos de violencia y la inverosimilitud de que se produzcan de forma fortuita siendo el escenario de los crímenes – es decir, la repetición deliberada y regular de comportamientos delictivos similares– el que identifica el carácter sistemático[113]. *Sólo el ataque como un todo tiene que ser generalizado y sistemático, no los actos individuales del acusado*. A tal efecto, basta

---

[109] Vid. sobre este particular M. Delmas-Marty, "Les crimes internationaux peuvent-ils contribuir au débat entre universalisme et relativisme des valeurs", en *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales, op.cit.* p.67 y J. M. Lutz y B. J. Lutz, *Global Terrorism, op.cit.*, pp.10-11.

[110] Sobre este particular vid. A-M. Slaughter y W. Burke-White, "An international constitucional moment", *HILJ*, vol. 43, 2002-1, pp.11-16; S. von Schorlemer, "Human rights: substantive and institucional implications of the war against terrorism", *EJIL* 2003-2, vol.14, pp.270-271.

[111] Asunto *Blaskic* (IT-95-14-A), sentencia de apelación de 29 de julio de 2004, par.115 y asunto *Radoslav Brdajanin* (IT-99-36-T) *Krajina*, sentencia de 1 de septiembre de 2004, par.134.

[112] Cfr. A. Cassese, *International Criminal Law, op. cit.* p.128.

[113] Sobre las condiciones generales de los crímenes de lesa humanidad en virtud de la jurisprudencia del TPIY, véase la sentencia de 29 de noviembre de 2002, en el asunto *Vasilkevic, "Visegrad"* (IT-98-32), pars.28-38.

con que los actos del acusado se inscriban en el marco de un ataque de estas características para que único acto o un número relativamente limitado de actos puedan calificarse como crímenes contra la humanidad, siempre y cuando el acusado tuviera conocimiento y, al menos, una mínima voluntad de participar en un ataque masivo o sistemático contra la población civil. En conclusión, los factores a considerar, según la jurisprudencia penal, para determinar si un ataque es generalizado y sistemático son los siguientes: i) las consecuencias del ataque sobre la población afectada; ii) el número de víctimas; iii) la naturaleza de los actos criminales; iv) la eventual participación de responsables o autoridades así como que el escenario o las pautas criminales resulten identificables[114].

Respecto a los presupuestos de generalidad y sistematicidad se ha destacado que "el que ambos requisitos fueran formulados de manera alternativa y no cumulativa no es baladí, pues permite llegar a una calificación del crimen contra la humanidad a través de consideraciones cualitativas o cuantitativas. En efecto, cabrá abordar la tipificación del crimen desde una óptica en la que sea irrelevante el número de actos criminales cometidos, bastando la constatación de una sistematicidad como factor concatenante de los actos individuales. Alternativamente puede alcanzarse idéntica calificación a partir de la amplia escala de los crímenes cometidos"[115]. Y especialmente no resulta baladí tal apreciación en los supuestos de terrorismo, sobre todo en aquellos casos en que la prueba fehaciente del entramado organizativo del grupo terrorista pueda resultar problemática. A tal efecto se ha indicado que el nuevo terrorismo internacional asociado *Al Qaeda* (Nueva York, Dar-es-Salam, Nairobi, Bali, Madrid….) se caracteriza por ser un terrorismo inaprehensible, difuso y multiorganizativo que actúa en red en un mundo globalizado que hace imposible la identificación del enemigo así como una evaluación realista del riego pues, si bien estos terroristas dejan conocer ciertamente sus motivos fundamentalistas, no siguen ningún programa que vaya más allá de destruir y minar la seguridad[116].

---

[114] Asunto *Radoslav Brdjanin* (IT-99-36-T) *Krajina*, Sentencia de 1 de septiembre de 2004, pars.135-136; *Kunarac, Kovac, Vukovic*, (IT-96-23&23/1) *"Foca"*, Sentencia de apelación de 12 de junio de 2002, par.96. Sobre esta cuestión vid. M. D. Bollo Arocena, *Derecho Penal Internacional…..*, *op.cit.* pp.87-88

[115] Vid. F.J. Quel López, "Los Tribunales Penales Internacionales «ad hoc»", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, C. Fernández de Casadevante Romaní (Coord.) 2ª ed. Dilex, Madrid, 2003, p.367. En el mismo sentido, I. Lirola Delgado y M. M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional*, *op.cit.*, p.121.

[116] Habermas en *La Filosofía en una Época de Terror. Dialogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, G. Borradori (traducción de J..J. Botero y L.E. Hoyos), Taurus, Madrid 2003, p.58. Por su parte, F. Reinares ha indicado que si bien tras la pérdida del santuario de Afganistán, la compleja urdimbre del

De forma consecuente con la práctica internacional anterior, el Estatuto de Roma define el *crimen de lesa humanidad* como la realización de los actos enumerados en el artículo 7 cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y como conocimiento de dicho ataque. Entre los actos referenciados que podrían constituir manifestaciones del terrorismo se menciona el asesinato, el exterminio, la deportación o traslado forzoso de población[117], la tortura y la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional. Además, el apartado k) del artículo 7 se refiere a cualesquiera otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Desde la perspectiva de la práctica nacional hay que resaltar que se ha creado una "cierta asimetría y solapamiento" entre los tipos penales nacionales de terrorismo y de crímenes de lesa humanidad, circunstancia que tiene su origen en el carácter vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad, conminatorias de la adopción de legislación penal sobre terrorismo como crimen internacional, y en el principio de complementariedad del Estatuto de la Corte propulsor de la tipificación nacional de los crímenes de lesa humanidad. Como consecuencia de ello, numerosas legislaciones nacionales han previsto como delitos diferentes, aunque con una fundamentación y unos parámetros internacionales comunes, el crimen de terrorismo y el de lesa humanidad que en la práctica se traducirá en la aplicación de concursos de leyes o de concursos

---

terrorismo internacional vinculado Al Qaeda "se fragmentó, descentralizó e incluso entró en decadencia operativa, sin embargo es posible que conserve un grado de coordinación en el mando y la planificación al igual que una disponibilidad de fondos, mayores de lo que a menudo se piensa (…..) Es así como el terrorismo internacional se ha convertido en un fenómeno crecientemente complejo y difuso, más impredecible y hasta peligroso si cabe. En buena medida, asentado sobre un nutrido elenco de entidades con variable grado de articulación interna, alineadas con vanguardia común cuya pérdida de consistencia apenas parece haber afectado a su relevancia simbólica. Es tan inexacto reducir el fenómeno del terrorismo globalizado a Al Qaeda como afirmar que esta última se ha transformado de organización en movimiento. En realidad, desde su mismo inicio fue creada como base para desarrollar un extendido sector multiorganizativo de *yihadismo* neosalafista en distintos países del mundo árabe e islámico. Cosa distinta es que se vea progresivamente subsumida por los resultados de su dinámica", ¿Qué nos dice el 11-M sobre Al-Qaeda", *El Pais* de 9 de marzo de 2003.

[117] Conforme al artículo 7.2 d) del Estatuto, por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional". Por su parte en los Elementos de los Crímenes se precisa que "la expresión 'por la fuerza' no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción (ICC-ASP/1/3, p.121, nota.13).

ideales de infracciones[118]. Desde el momento en que ambas regulaciones obedecen a un criterio de internacionalidad, tanto desde el análisis de la génesis de la base jurídica como desde la perspectiva del interés jurídico protegido, el principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma exigiría, aun cuando sea de forma inversa a lo inicialmente previsto, la regulación específica del terrorismo dentro de los crímenes de su competencia.

Mayores singularidades presentan las legislaciones nacionales, como la española, que han regulado penalmente el delito de terrorismo con anterioridad a la práctica internacional más reciente, dotando a este crimen de cierta especificidad nacional en cuanto al bien jurídico protegido y divergencias en cuanto a las penas. Así en el caso del Código penal español el delito de terrorismo se caracteriza por subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, previéndose una pena de prisión de *20 a 30 años* para quien perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas causaran la muerte de una persona[119], mientras que el delito de lesa humanidad, introducido en la reforma de 2003, aparece singularizado como ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra parte de ella imponiéndose la pena de prisión de *15 a 20 años* cuando se causara la muerte de alguna persona[120]. A tal efecto se ha afirmado que la cuestión afecta al "núcleo esencial de lo que deba entenderse por crimen contra la humanidad. Más allá de los hechos individuales concretos («acompañantes») la clave interpretativa se centra en torno al contexto típico, a la dimensión colectiva de la conducta criminal a estudio que, en definitiva, será la que justifique que conductas tradicionalmente castigadas en los ordenamientos jurídico-penales internos de nuestro ámbito de cultura, merecen, sin embargo un tratamiento diferenciado y merecedor de mayor castigo por su afección a la Comunidad internacional («humanidad»)". Según este autor, habría que limitar la calificación de crimen de lesa humanidad a los supuestos en que el Estado y la propia sociedad se encuentran, como consecuencia de los mismos, inmersos en una

[118] Sobre el concurso de leyes penales y concurso de delitos vid. J.L. González Cussac y E. Górriz Royo, "Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *La Corte Penal Internacional (Un Estudio Interdisciplinar)*, J.L. Gómez Colomer, J.L. González Cussac, J. Cardona Lloréis (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp.219-274.

[119] Arts. 571 y 572 CP.

[120] Art.607 bis CP.

"situación radical de crisis, de anormalidad, de excepción"[121]. Así pues, en el caso de los crímenes de lesa humanidad habría que integrar el presupuesto estatutario –incorporado en la denominación del Título XXIV del Código Penal español: *Delitos contra la Comunidad Internacional*– relativo a que tales crímenes tienen que presentar especial gravedad y trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto (art.5 Estatuto de Roma), aun cuando, según la práctica resolutoria del Consejo de Seguridad y de otros organismos internacionales, los actos de terrorismo afectan gravemente a la paz y la seguridad internacionales. ¿Este planteamiento sobre el orden público nacional y el comunitario permitiría diferenciar penalmente los atentados terroristas de ETA del atentado terrorista del 11 de marzo de 2004 vinculado a la trama internacional de *Al Qaeda* o por el contrario nos abocaría en todo caso a un concurso de leyes o a un concurso de delitos? Por el momento, la Audiencia Nacional en el asunto *Scilingo* ya citado ha rechazado que, en el caso concreto, se trate exclusivamente de un delito de terrorismo, pues si bien resulta cierto que se dan en el caso los elementos típico penales del delito de terrorismo (elemento estructural y teleológico de esta clase de delitos), los hechos van mas allá y contienen otros elementos que sólo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala se decanta por esta última calificación, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos.

V. Consideraciones Finales.

El encomiable intento de ubicar el terrorismo dentro de diferentes categorías penales de carácter general puede resultar un estimulante ejercicio doctrinal y de práctica forense, pero resulta extraño y cuestionable desde la lógica del Derecho internacional penal y desde la exigencia de visualizar nominalmente el acto criminal como tal. El temor atávico que provoca el término "terrorismo", con connotaciones estatales y vinculaciones con movimientos que aspiran a la estatalidad, ha impedido, por el momento, su formulación internacional. De ahí que resulte muy oportuna la adopción

[121] Vid. J-M. Landa Gorostiza, "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Revista Penal La Ley*, Julio 2004, nº 4, p.81. Frente a la dimensión colectiva, A. Gil Gil defiende que el "sujeto pasivo del crimen contra la humanidad, será el individuo como portador del bien jurídico eminentemente personal lesionado. La exigencia de que los crímenes contra la humanidad sean cometidos en el marco de una acción sistemática o a gran escala no impide considerar que cada ataque individual contra un bien jurídico fundamental cometido en dichas circunstancias constituye un crimen contra la humanidad….", "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los «Elementos de los Crímenes»", en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, K. Ambos (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp.75-76.

de un tratado internacional general sobre terrorismo que evite suspicacias y aclare posiciones. Del mismo modo resultaría muy conveniente, en aras a la complementariedad, que la práctica legislativa nacional sobre terrorismo, auspiciada por el Consejo de Seguridad y los convenios internacionales, tuviera su proyección en el propio Estatuto de Roma mediante la tipificación específica del terrorismo como crimen de lesa humanidad. Consideraciones de legalidad y seguridad jurídica compelen a que se adopte un único concepto de terrorismo y se estructure convencionalmente su régimen general dentro del marco de un orden público determinado por la Comunidad internacional en su conjunto, sin que tal función pueda quedar arrogada por el Consejo de Seguridad ni por soluciones de emergencia acordadas por órganos políticos.

Por otro lado, si bien es verdad que la concurrencia entre universalismo y regionalismo es una constante en el sistema internacional, qué duda cabe que "desde el punto de vista universal o de cooperación a escala mundial, sería conveniente que se elaborara un convenio internacional que con un mismo régimen intentara hacer frente a estos fenómenos de terror y uniformara las normas que permiten a los Estados luchar contra la impunidad de quienes comenten actos terroristas o directamente vinculados con el terrorismo"[122]. Hay que evitar la técnica de "patchwork" que actualmente presenta la regulación internacional del terrorismo, las definiciones *ad hoc* buscadas para un terrorismo concreto que actúa en un momento histórico determinado y que obedece a las coyunturas socio-políticas del momento y del lugar[123] y exigir, en todo caso, el respeto a las normas internacionales de derechos humanos y al Derecho internacional humanitario.

Afirmar que resulta oportuna y conveniente la regulación convencional no significa negar o enervar la naturaleza consuetudinaria –declarativa, cristalizadora o generadora– de aspectos esenciales del régimen general de la lucha contra el terrorismo, incluida su definición. Es más, el carácter consuetudinario y, por ende, general que los mismos presentan ofrece una dimensión complementaria y de complemento decisiva para paliar ciertos problemas derivados del relativismo convencional, además de ofrecernos parámetros para apreciar y examinar los fenómenos de interacción entre ambas regulaciones de especial importación en la concreción de la normativa

[122] Vid. E. Orihuela Calatayud, "La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial", en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz* 2000, Tecnos y Servicio Editorial de la UPV, Madrid, 2001, p.173

[123] Vid. Ch. Walter, *Defining terrorism.*…, p.10

internacional penal, práctica, por lo demás, ya asumida por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y que aplicará la Corte Penal Internacional.