

EXTRATERRITORIALIDAD Y TERRORISMO

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal
Universitat Rovira i Virgili, Tarragona

Sumario: 1. El Derecho penal como expresión de la soberanía territorial. 2. El *ius puniendi* sin territorio y la extraterritorialidad. 3. El ideal de Justicia universal, la solidaridad penal internacional y el terrorismo. 4. Las limitaciones competenciales del Tribunal Penal Internacional. 5. Territorialidad y terrorismo "nacional". 6. El terrorismo nacional como *cuestión menor* ante el concepto de terrorismo. 7. La jurisdicción sobre terrorismo en España. 8. La conceptualización técnica del terrorismo. 9. La competencia extraterritorial española. 10. La difícil persecución internacional del terrorismo. 11. Supranacionalidad limitada: ONU y Unión Europea: A) ONU. B) Unión Europea. Referencias bibliográficas

1. EL DERECHO PENAL COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL

En la literatura penal clásica está fuera de duda la idea de que el *ius puniendi* sobre el propio territorio es consubstancial a la soberanía, y así se ha concebido históricamente en los sistemas penales. Se tiene como imperativo de razón que el Estado ha de poder aplicar su derecho penal a todas las personas que se encuentren en su territorio, cualquiera que sea su nacionalidad; lo que aparece como expresión esencial de la soberanía. Tan es así que, como fácilmente puede comprobarse, la literatura jurídica no dedica especial atención a analizar el fundamento de esa idea, a fuer de considerarla de obviedad que exime de especiales disquisiciones.

Así y todo, y sin discutir que el principio de territorialidad sea jurídicamente lógico, amén de estar proclamado por el artículo 8.1 del Código civil, y que sea coherente con la soberanía, y que en el ámbito del derecho internacional nadie discuta la evidencia del principio, puede también indicarse que la corrección jurídica no engendra por sí sola la *bondad político-criminal*. Para que el principio sea útil en términos de utilidad político-criminal es necesario que de él puedan extraerse soluciones eficaces en

la lucha contra la criminalidad, especialmente la que suponen los fenómenos más graves de nuestro tiempo, que son sin duda el *terrorismo* y la *criminalidad organizada*.

En esa última dimensión de eficacia es difícil defender la bondad indiscutible del principio de territorialidad; pues, al contrario, con frecuencia se alza como un obstáculo para la realización de la justicia penal. La capacidad protectora de las fronteras, sin duda no deseada por los Estados con ese fin, explica que esa sea una de las principales causas que impulsan toda clase de movimientos en pro de fórmulas de cooperación que superen el obstáculo de la territorialidad. Pero también en esa contemplación de la cuestión, la defensa del principio de territorialidad, jurídicamente impecable, pasa a tener otra clase de explicaciones, y se pasa de principio jurídico a postulado *ideológico*.

En lo que concierne a esa soberanía de la que se dice que la territorialidad es una prístina consecuencia, como es lógico también se ha de preguntar si algunos planteamientos de la soberanía son compatibles con la participación en una lucha común contra el crimen. La soberanía es perfectamente compatible con permitir en el propio territorio la eficacia de decisiones de otros Estados e incluso la actuación de agentes de otros Estados en la investigación de los delitos y en la detención de delincuentes.

2. EL IUS PUNIENDI SIN TERRITORIO Y LA EXTRATERRITORIALIDAD

Con un carácter de *excepcionalidad* también los sistemas penales establecen los supuestos de *aplicación extraterritorial de la ley penal*, y así calificamos a los casos en los que la ley (propia) proclama la competencia de los tribunales nacionales para enjuiciar hechos acaecidos fuera del territorio del Estado. La virtualidad de la extraterritorialidad —que por la concepción misma de la significación del derecho penal no deja de ser una *relativa prórroga o extensión de la soberanía*— depende, lógicamente, de que otros Estados quieran admitirla pues ha de desplegarse en su territorio. No hay que olvidar, aunque nunca se dice, que *la declaración de la fuerza extraterritorial de las leyes nacionales tiene un cierto contenido de prepotencia* que debe ser cuidadosamente sopesado, evitando emprender vías que no toma ningún Estado, o que si lo hace (caso frecuente de los USA) da lugar a la reacción contraria de esos otros Estados. Por esa razón es comprensible que, aunque solo fuera por la resistencia a alojar a delincuentes huidos de otros Estados concediéndoles de hecho la impunidad, o bien, visto en sentido contrario, resignándose a que los huidos del propio Estado la consigan, es posible contar con un principio de colaboración entre Estados, pero éste no puede llegar a sobreponerse a los condicionamientos generados por el régimen de la extradición. Del mismo modo que una interpretación “radical” de la territorialidad llevaría a la obligación de conceder siempre la extradición, incluyendo la de los propios nacionales, una similar aceptación de la competencia extraterritorial del otro llevaría a la misma consecuencia, lo cual no se corresponde con la realidad del derecho de extradición.

El deseo, pues, de evitar la impunidad aparece como la primera explicación de la extraterritorialidad de la ley penal. La extraterritorialidad no se pretende para la totalidad de las infracciones penales, porque si así fuera, el criterio rector de la competencia se desligaría to-

talmente del lugar de comisión del delito. Por lo tanto los casos de extraterritorialidad están *tasados* y no todos son reconocidos por igual en el derecho interno de cada Estado. Además, los casos que se admiten tienen que tener una *justificación*, que se traduce en los conocidos principios determinantes de la extraterritorialidad (*personal, real o de protección, y de justicia universal*) que España regula en el art.23 de la LOPJ.

Del análisis de cada uno de esos principios no me voy a ocupar, pues no es ese el objeto de estas pocas páginas. Solo quiero destacar la más grave carencia del sistema español, que es sin duda la falta de reconocimiento del principio de *personalidad pasiva* —que en cambio es común en los otros Estados de la UE— conforme al cual los Tribunales españoles podrían juzgar cualquier delito cometido contra un español, mediando determinados requisitos, sin importar dónde hubiera tenido lugar el hecho. Nuestro sistema de modo complementario respecto a la fundamental territorialidad, recoge el principio personal, pero restringido al de *personalidad activa* y solo mediando una serie de condiciones.

Desgraciadamente el problema de la necesaria revisión del derecho orgánico judicial en lo que concierne a la *competencia de los Tribunales españoles en orden a la extraterritorialidad de la ley penal*, parece condenado a no ser tratado nunca. De ello se habla siempre a propósito de otros temas, pero nunca se encara abiertamente la cuestión para entonces decidir dar un paso tan poco revolucionario como introducir normas parecidas a las de Francia, Inglaterra o Alemania. Bastaría con el principio de *personalidad pasiva*, extendiéndolo a españoles y residentes en España. Así, además se podrían clarificar otros temas competenciales y facilitar la tarea de los Tribunales españoles en la verificación de la doble incriminación material o en la capacidad de demandar la extradición.

La *ultraterritorialidad* de la ley penal ha de entenderse de modo diferente a la extraterritorialidad, aunque con frecuencia se emplean incorrectamente ambas palabras como sinónimos. En realidad la extraterritorialidad alude

al alcance de la jurisdicción, mientras que la calificación de carácter “ultraterritorial” procede cuando la ley penal contempla su eficacia aunque el daño se cause *en un territorio diferente*. Un ejemplo claro sería el delito medioambiental: el castigo de las acciones contaminantes debe ser independiente de que se perciban sus efectos en el territorio o fuera de él, y por eso lo deseable es que, al igual que el ambiente es un bien supranacional, las normas penales que lo tutelan han de ser también ultraterritoriales. No aceptarlo así sería muestra de un vergonzoso egoísmo del Estado.

Cuestión diferente será decidir que el terrorismo es necesariamente un problema supranacional y como tal las normas que lo reprimen han de tener también ese carácter ultraterritorial. Creo, y después volveré a ello, que las más temibles formas del terrorismo de nuestro tiempo (Al Qaeda) han de ser abordadas con una mentalidad “ultraterritorial”, o de lo contrario la lucha contra él será más difícil todavía.

3. EL IDEAL DE JUSTICIA UNIVERSAL, LA SOLIDARIDAD PENAL INTERNACIONAL Y EL TERRORISMO

Ideas como la justicia universal o la solidaridad penal internacional son habitualmente vistas como ingenuos objetivos inalcanzables, por razones políticas o técnicas. Actualmente la *solidaridad penal* internacional parece tener como únicas vías accesibles la *extensión de la competencia* de los Tribunales de cada nación, prescindiendo de que el delito haya sido cometido en el extranjero, y la *facilitación de los procesos de extradición*, institución jurídica de capital importancia, y, en el ámbito de la UE, la aplicación del mandato europeo de arresto y entrega. Pero no son esas las únicas manifestaciones posibles de la justicia universal y de la solidaridad penal internacional. La posibilidad de existencia de Tribunales penales internacionales depende de que se concrete cuál sea la ley

penal que han de aplicar, es decir, de que haya instrumentos que cumplan la función de ley penal internacional, pero también es precisa la voluntad política. Pero sería cerrar los ojos a la realidad no reflexionar sobre cuánta verdad y cuánto voluntarismo se encierran en esas ideas de justicia y solidaridad.

Históricamente el principio de justicia universal recibió una *explicación iusnaturalista*. Ciertos delitos ofenden a *sentimientos comunes a toda la humanidad*, pues la ley natural que violan no contrae su sentido a una sola nación. Según ello, el delincuente capturado, prescindiendo de su nacionalidad, debe ser o juzgado o entregado, y si esto último no es posible porque ningún país lo reclama, debe ser juzgado prescindiendo de dónde haya delinquido. Es evidente que esa comunidad de sentimientos en torno a ideas iusnaturales es casi indemostrable, pero no se podría decir lo mismo si nos remitiéramos a textos concretos como la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Convención Europea de Derechos Humanos. Por esa vía se lograría sin duda *concreción*, pero tampoco se alcanzaría *unanimidad*, porque ésta es imposible.

Esa imposibilidad es particularmente visible, como después detallaré, en lo que se refiere a la posibilidad de universalización de la justicia penal en materia de terrorismo, porque esa antigua idea de ofensa a sentimientos comunes a toda la humanidad que ciertamente no se cumple, alcanza el cenit en relación con unas acciones que van desde la calidad de crimen repugnante a la de epopeya gloriosa, dependiendo de quien opine.

Pero volviendo a esa falta de sensibilidad común, y pese a ella, formalmente se defiende el *universalismo de la justicia penal*, petición que se justifica en nombre de argumentos ya conocidos, como la facilidad de las relaciones entre países, la aparición de formas de criminalidad organizada o atentatoria contra bienes jurídicos de la comunidad internacional. Las manifestaciones de universalismo, en cambio, son muy diferentes, porque bajo esa etiqueta se pueden colocar a la vez tanto la declaración en el derecho positivo interno de que determi-

nados delitos son *enjuiciables por los Tribunales propios con independencia de la nacionalidad del autor y del lugar de comisión*, como los mismos *Tribunales penales internacionales*. En relación con el *universalismo del derecho de un Estado* habrá que diferenciar lo que es contribución a evitar la impunidad de los responsables de muy graves delitos contra la humanidad de otras metas no tan nobles, como la proclama prepotente que desprecia la capacidad de juzgar de otros Estados, o que encierra una inviable pretensión de extender el control jurisdiccional a todo el planeta. De otra parte, y aun cuando actualmente esa sea una posibilidad no llevada a la práctica, los *Tribunales penales internacionales* obedecen en teoría a este mismo principio.

La primera de las manifestaciones del principio de justicia penal universal se encuentra recogida en el derecho español, siguiendo la línea de otras legislaciones europeas, en el artículo 23 de la LOPJ, reiteradamente aludido. Según él, los Tribunales españoles son competentes para conocer de los delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera de España susceptibles de tipificarse como a) Genocidio, b) *Terrorismo*, c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, d) falsificación de moneda extranjera, e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, f) Trafico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) Trafico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España, i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Tenemos pues que *los Tribunales españoles son competentes para enjuiciar delitos de terrorismo cometidos en cualquier lugar del planeta, siempre y cuando puedan tener a su disposición a los responsables*. Claro está que esa capacitación legal puede chocar con análogas capacidades de los Tribunales de otros muchos Estados, y nada se dice sobre *criterios preferenciales*, como puedan ser los de la nacionalidad de las vícti-

mas o la tenencia del mayor número de pruebas.

Tan difícil resulta, pues, la virtualidad de esa proclama que acaba pareciendo que la mejor solución sería la vía del Tribunal penal internacional, para que fuera un órgano de ese nivel el que se ocupara de juzgar el terrorismo, pero no es fácil, y no solo por la dificultad de unificar el concepto de terrorismo (que ya sería un obstáculo infranqueable), sino por los propios condicionamientos del TPI, a los que luego me referiré..

Una última reflexión: dejando un momento de lado el tema del terrorismo, y aceptando que es muy difícil combatirlo desde los planteamientos del derecho penal tradicional, especialmente los que atañen a la extensión y límites del *ius puniendi*, obligado es añadir que no habría razón alguna para limitar esa necesaria superación a la criminalidad terrorista, sino que con argumentos casi idénticos habría que extenderla a *todas las manifestaciones de criminalidad organizada*.

4. LAS LIMITACIONES COMPETENCIALES DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Se ha dicho hasta la saciedad que el terrorismo es una tragedia que se extiende por el mundo y no conoce fronteras, y que no hay terroristas buenos y con ideología mientras que otros son malos y crueles. Es preciso ser coherente y obrar en consecuencia, y eso, al menos en el plano teórico, supone la condena simultánea de cualquier terrorismo del planeta abandonando la estrecha óptica nacional, y dando paso a la necesaria contemplación supranacional, compartiendo ante todo la información y la estrategia. Si eso no se hace, se corre el riesgo de regresar al estricto nacionalismo y la consecuencia sería el aumento de las bolsas de impunidad del terrorismo.

La internacionalización del problema y la práctica de una Política criminal común *no*

se consiguen a través de una vía única; pero es comprensible que se haya planteado la posibilidad de llevar el problema del terrorismo a la Corte Penal Internacional. Pero no creo que sea una vía fácil.

En la cronología de los horrores de nuestra época ocupa lugar destacado el atentado de las Torres Gemelas de Nueva York. Al poco de aquella tragedia, se difundió la idea de que los Estados Unidos iban a revisar su postura de resistencia a suscribir el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a lo que habían venido negándose desde su creación. Tal parecía que el problema del terrorismo, sin perjuicio de otras medidas que unilateralmente emprendieran, habría influido en la postura de los USA.

Hay que decir que las razones de la resistencia a la creación de la Corte Penal Internacional nunca han sido claramente manifestadas, pero se pueden deducir de las explicaciones que confusamente se ofrecían; la principal de ellas era que no puede exigirse a ningún país que cercene la competencia de sus propios Tribunales para juzgar un crimen, sea cual sea, y ceda la competencia a un Tribunal supranacional, y eso se razonaba como justa defensa a ultranza de la independencia y de la soberanía nacional, traducida en la exclusividad e irrenunciabilidad del *ius puniendi*, todo con argumentos propios del siglo XIX.

En coherencia con esa objeción, los Estados Unidos propusieron condicionar su aceptación del Estatuto a que se aceptara como excepción que el Tribunal Internacional no podría intervenir si un Tribunal norteamericano ya hubiera empezado a hacerlo —y es ciertamente sencillo encontrar una excusa para abrir un proceso: basta con decir que han golpeado a un ciudadano norteamericano— con lo cual se dejaría a la voluntad de un solo Estado la llave de acceso a la jurisdicción supranacional. En el fondo lo cierto era que la nación más poderosa no estaba dispuesta a perder el control sobre cómo nacen, perduran y se extinguen las dictaduras y las brutalidades que llenan nuestro mundo, y no estaba dispuesta por la sencilla razón de que en cualquier momento esas

atrocidades pueden ser coincidentes con sus propios intereses estratégicos, y basta recordar el conocido comentario de Franklin D. Roosevelt (o de Cordell Hull, su Secretario de Estado) sobre Somoza, el dictador nicaragüense.

Ciertamente, tras la tragedia del 11 de septiembre se extendió la convicción de que había que convocar a todas las naciones a la lucha contra un enemigo común: el terrorismo global, que exigía políticas comunes y una justicia común. Pero eso, con independencia de que sea una actitud comprensible y suscribible, no es tan sencillo. El reconocimiento del Tribunal Penal Internacional presupone la previa aceptación que ciertos hechos han de merecer el calificativo de crímenes internacionales, y sus autores, prescindiendo de nacionalidades de ellos o de sus víctimas, deberán ser sometidos a la jurisdicción del Tribunal con el auxilio de todas las naciones que sostengan a ese Órgano, y sin que puedan negarse a ello con invocaciones de la calificación de cuestión interna.

Pero lo cierto es que la Corte Penal Internacional no solo carece de competencia originaria, sino que además carece de competencia en terrorismo. La falta de competencia originaria viene declarada en el Preámbulo y en el art.1 de su Estatuto, que la presenta como una jurisdicción complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. Los Estados son los que persiguen y juzgan los delitos, y solo entra en función la Corte cuando el Estado no quiere o no puede intervenir. Además, y no es poco, tampoco el terrorismo aparece entre las clases de delitos de los que la Corte puede conocer; por lo tanto *haría falta modificar el Estatuto de Roma a fin de incluir entre las competencias del TPI los delitos de terrorismo, salvo que se quisieran entender incluidos en el amplio concepto de crimen de lesa humanidad* en la forma de asesinato generalizado o sistemático, pero eso no parece fácil, pues violentaría el principio de legalidad (expresamente reconocido en el art.22 del Estatuto). Por lo tanto, el único camino sería el de la reforma del Estatuto y la expresa inclusión del terrorismo y, a su vez, incorporando una descripción de lo que se ha de entender por tal, como lo hace el Conve-

nio Europeo para la Represión del Terrorismo —prescindiendo de los graves problemas que ha generado su interpretación—.

Pero observemos el tamaño del problema, que discurre por varias líneas. El primer paso sería decidir que la Corte puede ocuparse del terrorismo siquiera sea con carácter *complementario* respecto de las jurisdicciones nacionales. Por si ese fuera pequeño obstáculo luego vendría el de decidir qué clase de terrorismo podría ser atribuido a la Corte, pues en teoría sería difícil de aceptar que se distinguiera entre terrorismos “nacionales” e “internacionales” —cuyas respectivas definiciones y *delimitaciones* serían a su vez muy complejas—.

A renglón seguido habría que tratar por separado a los terroristas y los Gobiernos que protegen, promueven o dan abrigo al terrorismo. Más adelante me referiré a las ideas que sobre el terrorismo se defienden en la Organización de la Conferencia Islámica. De ésta son miembros Estados como Arabia Saudita, Indonesia, Irán, Irak, Líbano, Libia, Pakistán, Sudan, Siria o, Yemen. Solo algunos de ellos (Sudan, Siria, y Yemen) se han adherido al Estatuto de Roma, sin que ello tenga nada que ver con las declaraciones sobre terrorismo que se formulan en la Conferencia Islámica. Y tampoco se debe cerrar el campo en esa sola dirección, pues Estados como Israel o la India no han suscrito el Estatuto de Roma todavía y tienen sus propios y muy particulares criterios para etiquetar conductas como terrorismo.

La complejidad y profundidad de la *desunión impide por lo tanto la sola hipótesis de una jurisdicción supranacional* con competencia sobre el terrorismo. Pero eso es solo un mal menor, en comparación con el mal mayor, que es la discrepancia profunda sobre lo que es el terrorismo mismo, a lo que luego me referiré.

A falta de una opción jurisdiccional supranacional, habrá que explorar las vías de la cooperación y de la extraterritorialidad, partiendo de la seguridad de que tampoco éstas son operativas sin un muy amplio concurso internacional, hoy por hoy todavía lejano, a pesar de que la gravedad del problema del te-

rorismo requiera una lucha supranacional, y esa a su vez imponga la necesidad de la unidad de criterios entre los Estados sobre lo que ha de entenderse por terrorismo, puesto que la práctica de una política criminal compartida requiere un criterio concreto sobre lo que para el propio Estado ha de ser considerado terrorismo, y repare en si como tal tiene acciones que otros Estados no van a considerar terrorismo, porque para todo lo “diferencial” será difícil la lucha internacional, en la que la admisión de supuestos de ultraterritorialidad de las leyes de otros Estados está condicionada a la convicción de que luchan contra un problema común.

5. TERRITORIALIDAD Y TERRORISMO “NACIONAL”

En materia de terrorismo, siempre en el plano teórico, se dice a veces que lo mejor sería relegar al principio de territorialidad de la ley penal a un plano secundario. La vía de la competencia supranacional ya la hemos contemplado antes, y con ella sus limitaciones. Otra vía, técnicamente de menor rango, será la del acuerdo para establecer una especie de *preferencia jurisdiccional*, que lógicamente implicaría en su caso la disposición a ceder la competencia a otro Estado si por la razón que sea puede juzgar eficazmente los hechos terroristas. Pero ese objetivo requiere asumir que el terrorismo es, si no el más grave, uno de los más graves problemas a los que se enfrentan las sociedades, especialmente las democráticas, aunque no solo ellas, y que es más importante que se juzgue y castigue que ser el juzgador.

Surge entonces la pregunta natural: ¿estaría España, llegado el caso, dispuesta a renunciar a juzgar los delitos de terrorismo que se cometen en su territorio y entregar a los autores a la jurisdicción de otro Estado? No lo creo, al menos si se trata del llamado terrorismo “doméstico”. Quizás la actitud sería otra si se tratara de sujetos encuadrables en el terrorismo internacional (tipo Al-Qaeda); pero a buen

seguro se procuraría conservar la jurisdicción por pequeño que fuera el fundamento material (hechos acaecidos en el territorio). Pero lo cierto es que si se cree sinceramente en que el terrorismo es un problema de todos que entre todos hay que afrontar, el criterio regulador de la competencia debería ser inspirado en el *pragmatismo*, lo que se plasma en ceder la competencia al Estado que esté en mejores condiciones de juzgar, sea por la acumulación de pruebas, de testigos, de acusados o de daño soportado, criterios todos que nada tienen que ver con los que tradicionalmente determinan la competencia.

Llegamos así al meollo de la cuestión, que no es otro que la opción entre la reforma o la persistencia inmutable de las normas reguladoras de la competencia de los Tribunales estatales para juzgar delitos. Actualmente muchas naciones se proclaman competentes para juzgar delitos, como el de genocidio, con independencia de que se hayan cometido en otro lugar. Se trata de una extensión de la jurisdicción nacional fruto de un compromiso internacional. Pero si un Estado asume el compromiso de contribuir a la creación de un Tribunal Internacional de esa especie acepta, o debe aceptar, una tácita reducción de su jurisdicción penal. Lo que no es posible, por ejemplo, es reconocer que la Corte Penal Internacional es la competente para juzgar los delitos de genocidio y a la vez entender que también puede hacerlo nuestra Audiencia Nacional en calidad de Tribunal Penal Internacional "bis", sin restricción alguna, cuando al menos debería respetarse la preferencia del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar el hecho, y en segundo lugar preciso será tener a disposición de nuestros Tribunales a las personas acusadas, pues de no ser así el proceso solo podrá llegar hasta la demanda de extradición, de muy incierto resultado. Otra preferencia lógica habrá de ser la de la competencia del Tribunal Penal Internacional. Si un Estado decide reconocer y apoyar una Corte supranacional, habrá de ser coherente, y digo esto sin entrar en cuestio-

nes anejas de carácter político y de incidencia en las relaciones entre Estados. Por supuesto que esta reflexión da pie a la miserable e ignara crítica de algunos, que la resumen en la imputación de tolerancia con la impunidad de crímenes abominables.

Un futuro deseable no se traduce exclusivamente, pues, en la difícilísima vía de las renunciaciones a competencias jurisdiccionales nacionales en favor de las supranacionales del Tribunal Penal Internacional, sino que eso es perfectamente compatible con la necesidad de acomodar nuestro propio derecho a las pautas que siguen otras naciones próximas a nosotros. Nuestro sistema legal desconoce, y eso es más grave, todavía principios que son normales en otras legislaciones, como es el caso del principio de personalidad pasiva, al que ya me he referido antes, y el principio de justicia supletoria, que permite juzgar a los Tribunales de un Estado prescindiendo de la nacionalidad de los enfrentados, en todos aquellos casos en que no sea posible establecer el lugar de comisión del hecho, o bien cuando aun siendo eso posible sea patente que ese hecho no va a ser enjuiciado en ningún lugar. El Tribunal Supremo, no obstante, estima recientemente (S.21/6/2007) que, con una adecuada interpretación de los Convenios y Tratados suscritos por España, se puede fundamentar en algunos casos la virtualidad del principio de justicia supletoria (en concreto, patrones de cayuco detenido en aguas internacionales portando inmigrantes clandestinos en dirección a España). Al margen de la intrínseca importancia de esa interpretación, la incorporación *expresa* de esos principios sería una importante dotación jurídica *también* para la lucha contra el terrorismo.

Una combinación de renunciaciones e incorporaciones en materia de competencias jurisdiccionales podría marcar el futuro. Eso si no se llega a la terrible conclusión de que los terroristas se dividen en dos: los que han de ser combatidos con leyes, Tratados y Tribunales y los que no tienen otra receta que la guerra.

6. EL TERRORISMO NACIONAL COMO CUESTIÓN MENOR ANTE EL CONCEPTO DE TERRORISMO

A esa diferente idea del terrorismo me he referido reiteradamente, a pesar de que, como es lógico, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo no formula semejante diferenciación. Pero pensando en la vía de lucha más eficaz, resulta obligado diferenciar entre el terrorismo que ha determinado el cambio de orientación de la colaboración entre Estados, que es el llamado *terrorismo internacional*, del otro, gravísimo sin duda, como bien sabemos los españoles, que es el de carácter nacional y se refiere a aquellos movimientos cuya actividad terrorista apunta exclusivamente a uno o dos Estados. Esta clase de terrorismo se contempla internacionalmente como un problema grave pero *“secundario”*, o *“particular”*, lo que quiere decir que sin discutirse su condición de problema prioritario de la acción de las fuerzas de seguridad y del derecho penal de un Estado concreto, no participa de las notas caracterizadoras del terrorismo internacional ni, por lo mismo, se vería alcanzado por las mismas políticas de cooperación.

Claro está que si el problema se limita a esa diferencia de respuesta la cuestión no es especialmente grave, pero ese juicio ha de cambiar *si detrás de la diferencia de “conceptualización” va una mengua de la cooperación internacional*. Si el terrorista doméstico ha de disfrutar de la ayuda, tolerancia o pasividad de otros Estados que le sirven de refugio o de amparo, entonces la mencionada diferencia se transformará en intolerable insolidaridad que impide cualquier política de cooperación antiterrorista referida a *cualquier clase de terrorismo*. Por lo tanto, y solo en el plano teórico, podemos aceptar como lógico que el terrorismo “nacional” no se contemple como materia eventualmente remisible a una jurisdicción supranacional —si esa fuera la vía elegida en la lucha internacional contra el terrorismo—, sino que normalmente haya de ser juzgado por los Tribunales españoles, pero siempre que eso vaya acompañado de

una cooperación internacional que no tropiece con “diferencias de criterio sobre lo que es terrorismo”. Y de eso, en especial con relación al terrorismo etarra, algo sabemos en España, y basta recordar las oscilantes actitudes en punto a conceder extradiciones, que han tenido algunos Estados europeos (en el pasado) y latinoamericanos.

Al hilo de lo que acabo de decir, surge una cuestión central, que es la del concepto “nacional” de terrorismo. Por definición es inadmisiblemente, siempre en teoría, distinguir entre lo que es terrorismo para España, Inglaterra, Japón o Argentina, por poner ejemplos, y lo que es el terrorismo para la “comunidad internacional”, pues, siempre en el plano de lo teórico, el concepto de terrorismo *habría de ser necesariamente el mismo*.

Se ha de aceptar, pues, que cualquier visión “nacional” del problema del terrorismo está hoy condenada al fracaso, por más que se deba reconocer la existencia del citado terrorismo “doméstico” que constituye sin duda un problema gravísimo, y que —tampoco esa clase de terrorismo— es abordable con los meros recursos de la política legislativa y criminal de carácter nacional, pero eso va necesariamente unido a un concepto común de lo que es el terrorismo, y precisamente lo que falta es un auténtico *criterio unificado sobre lo que es*. Creo que esa cuestión merece ser tomada como punto de partida sin el cual sería absurdo formular soluciones que hayan de ser recibidas con consenso internacional. La *definición técnico-jurídica del terrorismo es relativamente reciente* y ha sido muy lento el proceso de escisión del terrorismo del ámbito del delito político, donde pretenden enmarcarse o autodefinirse todavía hoy algunos terrorismos nacionales (en concreto, y en España, el terrorismo vasco).

7. LA JURISDICCIÓN SOBRE TERRORISMO EN ESPAÑA

Partimos de que según nuestro propio derecho *los Tribunales españoles son competentes*

para enjuiciar delitos de terrorismo cometidos en cualquier lugar del planeta, siempre y cuando puedan tener a su disposición a los responsables. Lógicamente no hay razón alguna para exceptuar al terrorismo del sometimiento al principio general y constitucional que proclama la competencia del juez natural —y no voy a entrar ahora en la complejidad técnica de ese concepto— pero ni es esa la realidad, salvo que por tal tomemos la cambiante voluntad de la ley en cada caso, ni esa ha sido nuestra historia.

Una constante del Poder en España fue, con pocas excepciones, la intervención del Ejército en el control del orden público o directamente juzgando y sentenciando, y eso duraría desde fines del Siglo XVIII hasta la Constitución de 1978. Allí donde estallaba una algarada se ordenaba que las tropas salieran a la calle, y tan normal se veía que incluso en el llamado Trienio Liberal (1820-1823) se aprobaba la Ley de Orden Público (1821) que daba base normativa a esa función militar. La actuación de los militares se estimaba compatible con regímenes políticos aparentemente constitucionales.

Siempre en la misma línea de preferencia de la jurisdicción militar auspiciada por el poder se promulgaría la Ley del Ejército de 1878, cuyo artículo 2 proclamaba que “La principal misión del Ejército Español es la defensa de la independencia de España de sus enemigos exteriores e interiores”, lo cual bastaba para todo tipo de excesos. Esa sería la base legal para la intervención de los Consejos de Guerra en la represión del anarquismo. De aquellos años data además un hecho que habría de acompañar buena parte del siglo XX: en 1906, se promulga la *Ley de Jurisdicciones y da entrada a la jurisdicción militar* como competente para juzgar los hechos que afecten a los militares. Así se quería dar respuesta a un problema surgido del ataque de los oficiales de la guarnición de Barcelona a las redacciones del diario *La Veu de Catalunya* y el semanario *Cu-cut!*: cansados de los chistes y sátiras que se lanzaban contra los Ejércitos desde esas publicaciones. La Ley de Jurisdicciones fue acompañada de la suspensión de garantías constitucionales en Cataluña, y se decidía que los delitos de prensa

en los que fueran parte ofendida los militares fueran juzgados por Tribunales militares, y no por jurados. De esa manera, los Tribunales militares extendían su jurisdicción a hechos que no eran estrictamente de carácter militar, y esa extensión jurisdiccional habría de estar presente, ampliamente, durante todo el siglo XX, en especial a partir de la Guerra Civil.

Tampoco la IIª República logró apartar a la jurisdicción militar de la intervención en problemas no militares, y solo pudo reducirla. Pero la Guerra Civil acabaría con el propósito de excluir a la jurisdicción militar. Tras la Guerra Civil el panorama penal está totalmente dominado por la legislación excepcional, especialmente la Ley de Seguridad del Estado y el propio Código de Justicia Militar, a los que se unen las distintas leyes contra comunismo, masonería, bandidaje. En el franquismo la jurisdicción militar sería el brazo de hierro de la represión, con la ayuda (desde 1963) de la jurisdicción de Orden Público. Para lo que aquí interesa, que es especialmente la cuestión jurisdiccional sobre terrorismo, es que se atribuye a la *jurisdicción militar*, que se habrá de ocupar del terrorismo, del mismo modo que a partir de 1963 el especial Tribunal de Orden Público se encargará de toda las formas de disidencia política. El aislamiento internacional del régimen de Franco le impedía aspirar a forma alguna de colaboración de otros Estados en la lucha contra el terrorismo (en esa época comienza su actividad ETA), y por lo tanto la inaceptable presencia de la jurisdicción militar, tan cara al dictador, no suponía un problema digno de mención por la sencilla razón de que España no participaba en ninguna instancia de política penal de carácter supranacional.

Una vez establecida la democracia y aprobada la Constitución, desaparece la intervención de los Tribunales militares pero se sustrae el terrorismo de la competencia de los Tribunales ordinarios y se remite a la *Audiencia Nacional*, cuya función, por más que se quiera revestir con otras explicaciones, es una excepción a las reglas ordinarias de atribución de la competencia. La explicación real es sobradamente conocida: la dificultad material de atribuir el co-

nocimiento de esos delitos a los jueces de cada territorio, especialmente a los del País Vasco, pues se ha de partir de un componente extrajudicial de presión y riesgo. Para ello se invoca, aquí sí, la necesidad de *sustituir la preferencia de la jurisdicción territorial por la jurisdicción especializada*.

Cuestión distinta es que para revestir de *normalidad* a la Audiencia Nacional se añadieran otras competencias, como las extradiciones, la entrega de detenidos conforme al mandato europeo de arresto, y, especialmente, los delitos que afectan a una pluralidad de provincias y los procesos penales que se incoan en nombre del *principio de justicia universal*, en relación con hechos acaecidos en cualquier lugar del planeta. Todas esas competencias “añadidas” no se justifican en modo alguno y rompen con las reglas de atribución de la competencia, que bastarían —sin entrar en la conveniencia de cambiar la competencia territorial por la *competencia por especialidad*, que es cuestión distinta— y han sido además el soporte sobre el que se ha edificado el lamentable fenómeno mediático del *estrellato judicial*, que hubiera sido imposible sin ese absurdo armamento competencial.

8. LA CONCEPTUALIZACIÓN TÉCNICA DEL TERRORISMO

Paralelamente a ese proceso de especialización jurisdiccional para juzgar el terrorismo, se produce otro que, sin afectar directamente a la cuestión del conflicto entre territorialidad y supranacionalidad, ha de ser también tenido en cuenta: el de la especialidad *conceptual* del terrorismo.

En la interpretación de la norma se hace obligado examinar la calificación de *terrorismo*, y en la manera en que hoy se interpreta ese concepto, tal nombre no puede darse *jurídicamente* a cualquier fenómeno histórico armado y violento, como fuera en su dilatada historia el bandolerismo —aunque es imposible reducir a una sola categoría todas las variantes y causas

del bandolerismo (la “*Mano Negra*”) que según opinión mayoritaria no fue otra cosa que una etiqueta inventada por el Gobierno de Sagasta para justificar la brutal represión que cayó sobre anarquistas imputándoles la autoría de diversos hechos criminales acaecidos en Andalucía —o el anarquismo violento de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, que teorizó— suele citarse al llamado *Catecismo Revolucionario* de Nechaiev, que algunos suponen inspirado por Bakunin —expresamente la necesidad de recurrir a la *acción directa* como modo de acabar con la sociedad burguesa. El arraigo del anarquismo, especialmente en Cataluña y Aragón, aunque también en Valencia y Andalucía, no se correspondía con un programa político ordenado —mientras que crecían las desigualdades, agravadas por las guerras coloniales que absorbían sin cesar recursos públicos y vidas de jóvenes pobres— y eso daría paso a una escisión entre los que creían en la lucha sindical y los que, desde un sentimiento de desesperanza, creyeron que no cabía otra vía que la acción directa *violenta*, que comprendía la huelga violenta y el atentado dirigido contra la burguesía, la Iglesia o los representantes del Estado, todos ellos partes estructurales del capitalismo.

El paso de la acción directa a la acción *violenta*, habría de tener enormes consecuencias en la historia de la “política penal española”. Consecuencia de ello serían hechos que han marcado la historia española, como son la bomba del Liceo de Barcelona, el asesinato de Cánovas, o el frustrado contra Martínez Campos, luego el atentado contra Alfonso XIII y, algunos años después, el asesinato de Eduardo Dato. La (fundada) imagen violenta del anarquismo daría “justificación” a abusos de toda laya, tanto desde el Poder estatal como desde organizaciones paralelas toleradas. Al pistolero anarquista le siguió el pistolero de los patronos, éste protegido por las autoridades, y así se llega a los tiempos de la IIª República y la Guerra Civil.

Resulta inviable analizar jurídicamente, esto es, como “Derecho”, la legislación que describió lo que era el terrorismo, porque en

realidad todo lo que se hiciera contra el régimen usando armas, y hasta sin eso, podía ser calificado como conducta terrorista, sin preocupación alguna, como es de suponer, con la total falta de sintonía con el derecho comparado. Más aun: en suelo español encontraron refugio sujetos que militaban en organizaciones terroristas que actuaban en otros Estados, como fue la O.A.S., gracias a su inspiración ultraderechista. La legislación antiterrorista del franquismo fue copiosa, desde los primeros bandos de guerra, a los que siguieron la Ley de Seguridad del Estado, el CP de 1944, el Decreto Ley de Bandidaje y Terrorismo, reformado en 1960, hasta llegar al 22 de agosto de 1975, en que se aprueba un endurecimiento drástico de la ley antiterrorista, como reacción de un régimen obsesionado por los enemigos reales o imaginarios: todos serían terroristas.

Esa postrera ley franquista fue modificada en mayo de 1976, en que se derogaron los preceptos más intolerables frente al derecho comparado. Luego se aprobaría (28 de julio de 1978) la nueva Ley Antiterrorista (Ley de medidas en relación con los delitos cometidos por grupos armados)

Durante los años que van desde 1978 a la promulgación del Código de 1995 se registra, al menos en los medios cercanos al proceso legiferante, un constante debate entre los partidarios de que el terrorismo reciba, ya sea en el Código penal o mejor en una Ley penal Especial, una regulación específica, mientras que otros opinaban que el terrorismo *debía ser tratado como un delito más, sin especialidades de clase alguna*, pues ello solamente serviría para fomentar desde las filas de los simpatizantes del movimiento terrorista la tesis de que se trataba de una delincuencia excepcional y para ellos política.

A su vez, la pretensión de despojar a los crímenes terroristas de especial cualificación, y dejarlos como puros delitos de asesinato, o robo, o lesiones, o secuestros, etc., *para cerrar el paso a la pretensión de ser tratada como criminalidad especial y cercana a lo político*, no ha sido admitida. La razón hay que buscarla en la sentida necesidad de responder *específicamente*

a lo que significan esos delitos en el contexto de la actividad terrorista, dimensión que en el sentir del legislador español (y en el derecho comparado) ha de comportar una especial expresión normativa, aunque no se pueda apreciar un criterio firme y claro en los sucesivos textos legales y proyectos españoles.

El seguimiento de los diferentes textos desde el Proyecto de Código penal de 1980 hasta el Proyecto de 1994 (que precedió al vigente Código) son buena muestra de esas oscilaciones de criterio. Fruto, en parte, de esa tensión es el sistema seguido por el Código, caracterizado por la *aparente* voluntad de tratar al terrorismo como una criminalidad común de especial gravedad por su pretensión de alterar la convivencia constitucional, con lo cual el legislador español opta por una especie de *combinación entre las técnicas posibles*, pues no existe una sola, sino que otras habría: describir *delitos específicos de los terroristas*, especializados tanto por el tipo de conducta como por la personalidad del autor; otra, en el extremo opuesto, sería limitarse a aplicar a los terroristas los tipos de los *delitos comunes que cometieran* agravando la pena en atención a la personalidad del autor (especialidad del autor sin especial significado de la conducta). También se hubiera podido describir el delito terrorista *objetivamente* y con plena independencia de quién sea el autor.

Si aludo a estas cuestiones es porque han de acabar teniendo una incidencia en el problema anunciado al principio. La superación del principio de territorialidad viene condicionada por la concordia en torno a lo que deba ser considerado terrorismo y esa concordia todavía no existe, y tampoco la ha logrado la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo, a la que luego me referiré, pero ya adelanto que esa Decisión marco no cierra el paso a posibles interpretaciones alternativas

El problema de la conceptualización del terrorismo siempre será previo al debate sobre su posible persecución supranacional. La caracterización amplia o restrictiva del terrorismo puede venir determinada por diferentes

factores: la personalidad “terrorista” del responsable, el contenido material de la acción, la víctima, la finalidad perseguida. Es claro que ninguno de esos criterios es por sí solo válido; hay delitos “comunes” de terroristas (p.e. robo de placas de matrícula), delitos con “objetivos terroristas” (amenazas a determinadas personas) y delitos de efecto terrorista con independencia de quién los cometa (p.e.: sabotear una línea férrea).

Como sabemos, la técnica elegida por el vigente CP español es reflejo de esa compleja caracterización. En principio diferencia entre delitos de terrorismo y asociación ilícita de carácter terrorista. Se trata de delitos situados en diferentes Títulos: Orden Público y Orden Constitucional, pero los delitos terroristas son a su vez conductas típicas de otros delitos con una pena agravada por la comisión del hecho en el marco de las actividades de la banda armada, lo cual a su vez puede propiciar el castigo por asociación ilícita poniendo en peligro el principio *non bis in idem*, pero así lo dispone expresamente el artículo 516 CP. Así pues, en derecho español cualquier delito puede ser delito terrorista por la finalidad perseguida (cfr. arts.571 a 574 CP). Se combina la punición a la persona por su pertenencia a banda armada y por asociación ilícita y al hecho común por su finalidad.

Además de esa combinación de delito “común” con pertenencia de los responsables a la organización terrorista, el sistema español se amplía con algunos delitos que son específicamente y solo terroristas, cuyos perfiles son borrosos por confundirse a veces con la complicidad y otras con actividades que pueden ser lícitas. Eso sucede con las figuras que se introdujeron por la L.O.7/2000: la colaboración con las actividades de una banda armada o con sus finalidades y la apología del terrorismo. La colaboración es algo necesariamente diferente de la complicidad, por mucho que se extienda la interpretación de ésta, pues de no ser así no hacía falta tipificarla, y la colaboración a las “finalidades”, sin contribución material y sin pertenencia a la banda, parece de difícil concreción, y eso ha dado lugar a decisiones del

Tribunal Supremo mal recibidas por los partidarios de la pancriminalización de todo lo que se refiera al independentismo vasco, con o sin base legal (recientemente, por ejemplo, en el tema de las herriko tabernas).

El enaltecimiento, justificación, o los actos que impliquen desprecio a los sentimientos de las víctimas, son conductas que se castigan como parte de los delitos terroristas (art.578), y en esa tipicidad han encontrado cabida desde las conductas de apología hasta la omisión de expresa condena del acto terrorista. Creo que el jurista debe diferenciar entre la repugnancia que le produce la abominable “ética” del independentismo “abertzale” y la procedencia de recurrir al derecho penal sistemáticamente. Más allá del principio de intervención mínima se sitúa algo más simple y concreto: la dificultad de utilizar a la vez y sin excepciones tantas fuentes legales de incriminación. Por otra parte, cuando se ha sostenido que la expresión de opiniones no ha de ser reprimida es evidente que no se tenía en mente a opiniones neutras o anodinas, sino también a las opiniones que revelan la calaña y el desprecio a los demás del personaje que las emite.

9. LA COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL ESPAÑOLA

En el artículo 23 de la LOPJ se establece que la jurisdicción española conocerá de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española (...). b. *Terrorismo*. El único condicionamiento que se introduce a esa declaración de competencia es que *el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero*, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Es evidente que para que el Tribunal español pueda actuar debe tener a su disposición al sujeto que pretenda juzgar, y si éste no se encuentra en España solamente podrá ser llevado ante el Tribunal español a través de una de estas dos vías: la aplicación del mandato europeo de arresto

y entrega (si se encuentra en otro Estado de la UE) o la extradición.

En uno u otro modo ha de surgir el problema de la conceptualización del terrorismo, puesto que la Ley española proclama la competencia extraterritorial sobre los hechos que puedan tener la consideración de terrorismo según la ley penal española, pero esa declaración no deja de suponer un tácito reconocimiento de que lo que la ley española entiende por terrorismo puede no ser compartido por otras legislaciones.

En España, para complicar aun más la cuestión “conceptual”, se mezcla también la Ley de Partidos Políticos, (Ley Orgánica 6/2002, de 27 de Junio) aplicada, de momento, para la disolución de Herri Batasuna, y Euskal Herri-tarrok, transformada así (una ley no penal) en un arma más en la lucha contra el terrorismo (cosa que nunca debió suceder) y así tenemos que las duda se extienden desde las acciones de sujetos concretos hasta la legalidad de la presencia de ciertos partidos políticos que pueden merecer la consideración de grupos para-terroristas en cuanto que el motivo de su ilegalización es precisamente su coincidencia de fines con la organización terrorista cuando no su contribución a las actividades de ésta, conductas ambas que, como ya antes indiqué, merecen la consideración de delito terrorista conforme al derecho español. Fácil es percibir que la extensión del concepto de terrorismo más allá de la “clásica” idea del acto violento ha de provocar dificultades. Actos no violentos pueden ser incluso lícitos en apariencia, como por ejemplo, concurrir a las elecciones. Ahí entró en juego al Ley de Partidos Políticos que precisamente se orientaba a perseguir los intentos de aprovechamiento de la legalidad para contribuir a los planes propagandísticos y estratégicos de las organizaciones terroristas. De esa manera, y así se ha dicho, se puede incorporar al concepto de actividad terrorista a conductas que no tienen, ni falta que hace, condición de delito para merecer su persecución. Se alcanza así la eficacia máxima; ahora bien, ufanarse de que en la lucha contra el terrorismo es preciso y conveniente prescindir del carácter delictivo

de lo que se reprime (aunque no sea con la forma de pena a delito) es siempre peligroso.

En esa misma línea son conocidas las dudas y dificultades que ha suscitado la calificación jurídica adecuada al llamado terrorismo urbano de baja intensidad (la kale borroka), y la solución no puede ser, como algunos piensan y ha llegado a decir el TS, aplicar la calificación de terrorismo a toda acción que lo merezca por el “grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto”, pues eso es un ejemplo claro de concepto absolutamente indeterminado, y por lo mismo pugna con el principio de legalidad. No debe olvidarse que la conceptualización como acto terrorista de, por ejemplo, la quema de un autobús urbano tiene una repercusión punitiva muy superior a la correspondiente al delito de daños cometido. Igual de impreciso es calificar de terrorismo todo lo que haga una banda dedicada al terrorismo, pues a fuer de ser un concepto tan amplio y subjetivizado deja de ser un concepto útil para la coordinación internacional de políticas comunes.

10. LA DIFÍCIL PERSECUCIÓN INTERNACIONAL DEL TERRORISMO

Puede asegurarse que en el mundo occidental no se abriga reserva alguna acerca de la necesidad de un lucha conjunta y supranacional contra el terrorismo, y toda discusión sobre el carácter político de esa clase de crímenes hace tiempo que ha quedado zanjada. La causa de esa “unanimidad occidental” ha de buscarse en la irrupción de Al Qaeda en el panorama de los dramas de nuestro tiempo, hasta el punto de que sin temor a error puede afirmarse que ha sido por ese hecho, concretado en el atentado contra las Torres Gemelas.

Lo que acabo de indicar se refiere solo a la apreciable decisión de luchar conjuntamente, aunque es cosa bien distinta la de los medios de lucha. Sería ingenuo creer que todos los Estados que están de acuerdo en la necesidad de

lucha común quieren hacerlo a través del derecho. Las actitudes públicas o no confesadas se inscriben en un amplio abanico, que va desde el concepto de guerra total y sin reglas que la limiten hasta el más prudente de la lucha a través del derecho.

Aun dejando de lado la opción por la guerra “sucía” y la invocación de la lucha mundial contra el terrorismo a modo de justificación general de la supresión de cualquier asomo de garantía o derecho de los detenidos (caso de los presos de Guantánamo), lo cual no tiene cabida en la sensibilidad de un jurista que crea en el Estado de Derecho, lo cierto es que en materia terrorista se han producido reformas legales en muchos Estados (incluida España) que permiten afirmar que en el campo del terrorismo es visible el llamado derecho penal del enemigo. Por si fuera poco, las teorías penales han saltado pulverizadas ante fenómenos “incomprensibles” para la mentalidad occidental, haciendo que se tambalee todo lo que hasta ese momento se haya podido decir sobre el terrorismo, cual sucede con la proliferación del terrorista suicida, personalidad ante la que fracasan todas las ideas penales sobre prevención.

Repetidamente me he referido a la concordia “occidental” sobre la necesidad de unir fuerzas contra el terrorismo, pero esa concordia en realidad se ha construido contra el llamado terrorismo islámico —calificativo que lógicamente disgusta a los millones de seguidores del Islam contrarios a la violencia— y esa coincidencia no supone un criterio unánime sobre lo que ha de incluirse en esa calificación, ni sobre cómo ha de afrontarse el problema, ni, aun menos, que esa unanimidad se extienda a otras acciones que para muchos han de ser también tratadas como terrorismo. Alemania, y es solo un botón de muestra, hasta que apareció la Decisión marco sobre terrorismo antes citada, no consideraba acto terrorista más que a aquel que se realizara en territorio alemán. A su vez las declaraciones internacionales sobre terrorismo tampoco han resuelto todas las dudas interpretativas. En cuanto a la jurisdicción

competente, que es el tema central de estas páginas, las divergencias son abrumadoras.

Sabemos que hay masas de desesperados en el mundo islámico que ven en Bin Laden una especie de redentor y aceptan su propia tesis de que su terror es justo y bueno frente al que sobre ellos descargara el colonialismo y el sionismo. Nada tiene de extraño, pues, que la Organización de la Conferencia Islámica (OCI) no solo se negó a que pudiera considerarse acto terrorista nada de lo que hicieran los diferentes movimientos palestinos, sino que incluso no ha podido llegar a un acuerdo entre si calificar a los suicidas o kamikazes como terroristas o como “luchadores de la libertad”. Eso no impide a la Conferencia calificar como terrorismo a “...cualquier acto de violencia o amenaza, prescindiendo de sus motivaciones o intenciones, perpetrado con el objetivo de llevar a cabo un plan criminal individual o colectivo con el fin de aterrorizar a la gente o amenazarla con causarle daño o poner en peligro su vida, honor, libertad, seguridad, derechos...”. Pero acto seguido se advierte que “la lucha de los pueblos, incluida la lucha armada contra el invasor extranjero, la agresión, el colonialismo y la hegemonía, que persigue la liberación y la autodeterminación de acuerdo con los principios del derecho internacional no se considerará un crimen terrorista”.

La mayor parte del mundo árabe o islámico rechaza la calificación de terrorismo para todo lo que tenga cabida en esa amplia reserva. Si se califica a una organización de “movimiento de liberación”, idea que comparten también Estados no islámicos del llamado Tercer Mundo, y por esa motivo se estima legítimo el uso del terrorismo, que es precisamente lo que pretende la Convención de la Organización de la Conferencia Islámica, es indudable que la concordia supranacional es absolutamente imposible. ¿Podría imaginarse un artículo con una excepción análoga para la prohibición de la tortura contenida en la Convención de 1972?; la sola suposición repugna, y eso es lo que efectivamente, y no como hipótesis, defiende la OCI.

También hay que evitar la miope reducción de esa posición al mundo islámico. En diferen-

tes lugares del planeta hay movimientos nacionalistas que pueden llegar a utilizar incluso kamikazes y hacerlo sin necesidad de inspiración religiosa. Tampoco puede acogerse sin más la tan repetida tesis de que toda lucha violenta contra un Estado que niegue las libertades elementales y no deje otra vía que la violencia no puede ser nunca calificada de terrorismo, de manera tal que éste solamente sería posible si se practica contra o en Estados democráticos. Esa idea parte de un principio aceptable; la respuesta violenta es a veces la única posible y a nadie se puede pedir que aguante resignado la opresión; por lo tanto puede haber movimientos democráticos que un cierto momento tengan que recurrir a la violencia. Pero el discurso debe detenerse ahí sin caer en el absurdo error de negar la calificación de terrorismo a todo lo que se haga en un Estado totalitario. Imaginemos lo que sucedería si se extendiera ese razonamiento a la tortura: si ésta fuera practicada por demócratas ya no sería tortura, si el desplazamiento masivo de poblaciones y el asesinato en masa es el modo de lucha de una guerrilla que persigue la justicia social, no sería ya genocidio. En ambos casos rechazamos esa conclusión porque sería repulsiva, y lo mismo ha de suceder con el terrorismo pues, si no fuera así, no podría ser terrorismo envenenar niños en una guardería de Corea del Norte, y tampoco lo sería volar un rascacielos en la dictatorial Birmania: todo en nombre la “excepción democrática” de lucha contra dictaduras.

Las dudas sobre el carácter político de determinados actos violentos tenidos como terroristas en el Estado en que se produjeran, vinieron siempre suscitadas por la falta de libertades en ese estado. España tuvo que soportar durante tiempo la posición de algún estado europeo (por ejemplo, Bélgica), que concedía a ETA el beneficio de la duda sobre la “opresión” que ejercía el Estado español sobre el País Vasco. Hoy ya tenemos un espacio de concordia sobre lo que es terrorismo, pero pese a eso subsisten opiniones que estiman que del mismo modo que el Estado de Derecho es incompatible con la apreciación de delitos políticos, todo lo que haga ese Estado de Derecho será justo y todo lo

que contra él se haga será siempre terrorismo. Eso permite sostener que todo lo que hagan los palestinos contra Israel será *siempre* terrorismo, tanto si se trata de una bomba en un supermercado (lo cual ha de ser sin duda tenido por terrorismo) como si se trata de piedras lanzadas contra carros de combate del Ejército dedicados a “operaciones de castigo”, y esa segunda apreciación no puede admitirse con el argumento “mágico” de que Israel es un Estado de Derecho, lo cual es indudable, incluso el único auténtico Estado de Derecho que hay en aquella región.

Al hilo de esa misma manera de razonar, se entrecruzan dos ideas más: la de que un Estado de Derecho no cometerá nunca abusos antijurídicos contra personas inocentes (tesis que en su tiempo avalaba muy bien todos los excesos de las fuerzas inglesas en Irlanda del Norte, por ejemplo), así como que las acciones que realice un Estado de Derecho *nunca podrán ser consideradas terrorismo de Estado*. No voy a entrar en el tema del terrorismo de Estado, que requiere su propio análisis, pero no quiero dejar de subrayar que esa tesis antes indicada, es la defendida por USA y otros Estados para rechazar que se pueda calificar así a ninguna de las acciones que emprende el Estado hebreo, que van desde los desplazamientos forzados de poblaciones hasta el castigo indiscriminado a civiles indefensos, *lo cual no quiere decir que los movimientos islámicos violentos pierdan por ese motivo el carácter de terroristas*, como pretenden muchos de los que exigen que se acuse a Israel de terrorismo de Estado.

En suma, pues: en el plano internacional estamos lejos de la concordia en torno a lo que ha de ser tenido por terrorismo. Mucho se tardó, pero se consiguió y ahí están las Convenciones de Ginebra, en conceptualizar el genocidio, la tortura y otros crímenes contra la humanidad. Pero cuando se entra en el terrorismo se abre la caja de los despropósitos, y unos invocan los motivos o los fines, otros quieren extenderlo a toda forma de violencia sin distinción, otros entran en el juego de negar el terrorismo cuando se produce el esquema acción-reacción, y así no hay modo de avanzar hacia la consecu-

ción de un concepto común de terrorismo *que sería imprescindible para todos*, sea en el plano interno o en el plano internacional.

11. SUPRANACIONALIDAD LIMITADA: ONU Y UNIÓN EUROPEA

He intentado mostrar la imposibilidad de implementar una lucha conjunta e internacional contra el terrorismo sin contar con un concepto común de terrorismo, y ese está muy lejos de alcanzarse y, lo que es peor, parece una tarea imposible que apenas ha logrado algún resultado en áreas limitadas (la Unión Europea, por ejemplo, y aun con problemas). En el plano teórico creo que sería difícil pero no imposible alcanzar un concepto de terrorismo aceptable por todos. Pero posiblemente, y además de ser un concepto necesariamente “mínimo”, eso no serviría de nada si no iba acompañado de un propósito común de lucha, y eso pertenece ya a la ciencia ficción.

Para un acuerdo sobre terrorismo sería obligado excluir cualquier invocación de motivos, fines, provocaciones previas, agravios históricos, frustraciones colectivas, etc., y aceptar que el terrorismo no se produce porque la retrocámara del criminal esté más o menos llena de argumentos, sino porque *golpea a personas indefensas con medios de los que no pueden escapar*. Ahí, en la indefensión de las víctimas, discriminadas o indiscriminadas, está la base de cualquier definición, y a partir de ahí es casi obscuro entrar en los “motivos” del crimen terrorista. Mientras que no se quiera aceptar eso —y fuera de duda está que no se quiere aceptar— con todas sus consecuencias y sin pararse a pensar en cuántos serán los manchados por la calificación, no avanzaremos en la lucha contra la mayor tragedia cotidiana de nuestro tiempo y será ocioso hablar de “política criminal supranacional contra el terrorismo” porque no existe ni existirá, más allá de *áreas limitadas*, como es la Unión Europea.

A) ONU

Situados pues en la óptica de la “zona limitada”, tomamos como primera el ámbito, por cierto no pequeño, de la ONU. Como es lógico, el atentado de las Torres Gemelas conmocionó a Naciones Unidas y provocó la inmediata reunión de su Consejo de Seguridad, que resolvió *obligar* a todos los Estados miembros a tipificar cualquier clase de ayuda directa o indirecta al terrorismo y a compartir su información con los demás Estados.

La Cumbre de septiembre de 2005 aprobó la resolución 1624 referente a la incitación a la comisión de actos de terrorismo. En la misma línea, un año después, coincidiendo con el aniversario del atentado a las Torres se presentó un programa de lucha común contra el terrorismo *en todas sus formas*, a la vez que se exhortaba a la necesidad de que en esa lucha fueran respetados los derechos humanos. En la misma se presentó el informe de Kofi Annan, entonces Secretario General, en el que se proponía como resolución conjunta que “*ningún motivo o agravio puede justificar o legitimar que se ataque o dé muerte deliberadamente a civiles y no combatientes*” y que “*toda acción cuyo objetivo sea causar la muerte o graves daños físicos a civiles o no combatientes, cuando dicha acción tenga, por su índole o contexto, el propósito de intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o no hacer algo, no puede justificarse por ningún motivo y constituye un acto de terrorismo*”. La Cumbre terminó con una declaración conjunta mucho menos explícita: “*Condenamos enérgicamente el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, independientemente de quién lo cometa y de dónde y con qué propósitos, puesto que constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales*.”. De nuevo el conflicto israelí-palestino se interpuso.

Así pues, en el fondo de tan hermosas concordias formales late la ausencia de una comunidad de criterios *sobre lo que es ese terrorismo que se dice hay que combatir*, a pesar de que se hagan declaraciones genéricas sobre lo que es el terrorismo, o incluso sobre las causas que lo

propician. La Asamblea de Naciones Unidas ha aprobado en su historia diferentes declaraciones que apuntan a las actividades del fomento del terrorismo impulsadas por potentes Estados occidentales. Igualmente se han sucedido declaraciones que denuncian las causas del terrorismo (frustración, desesperanza, colonialismo, denegación de libertades, etc.). Pero ni aun así se alcanza una declaración que de verdad fije de manera inequívoca lo que ha de ser tenido por terrorismo por toda la comunidad internacional. Existen pactos internacionales sobre problemas importantes pero *parciales*, aunque etiquetan acciones como “terroristas”, como sucede con el secuestro de aviones civiles o los atentados contra personas internacionalmente protegidas. Pero es demasiado fuerte la presión que por su lado ejercen los USA e Israel y de otro algunos Estados Islámicos, como para poder llegar a un criterio común.

B) LA UNIÓN EUROPEA

Los europeos (de la UE) creemos posible, en cambio, alcanzar una política criminal común sobre terrorismo efectiva al menos en el reducido espacio que constituye la Unión, asumiendo que la pretensión de conseguir una política “mundial” es utópica, hoy por hoy. De acuerdo con ello se entiende que es acaso posible aunar criterios entre los Estados de la Unión Europea sobre lo que es terrorismo, lo cual, como reiteradamente he dicho, es un presupuesto necesario para todas las formas de solidaridad internacional, sea la de la competencia jurisdiccional supranacional o sea la admisión de la extraterritorialidad o sea la simple eficacia del mandato europeo de arresto y entrega.. Cosa distinta, pero imprescindible, es determinar si es posible que USA participe de modo leal e igual en cualquier política conjunta con la UE o si, por el contrario, no piensan abandonar su carácter de *potencia prepotente*.

Se supone que en la UE existe una amplia concienciación sobre la extensión y alcance del problema del terrorismo, pero solo en fechas posteriores a la Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002 se ha iniciado un

proceso razonablemente unificador. Inmediatamente antes, en el 2001, algunos Estados europeos describían específicamente el terrorismo, cada uno con su propio criterio, o ni siquiera llegaban a eso. Pero después de los sucesos de New York, Londres y Madrid, se pasa a ver la entidad y dimensión del terrorismo y sus ramificaciones con los aspectos o dimensiones internacionales que tiene y las ayuda que puede encontrar en las redes informáticas o en el sistema bancario si no se actúa sobre esos espacios (y simultáneamente se exige que en nombre de las necesidades de lucha no se cercenen derechos fundamentales ligados a la privacidad).

Cierto que no era el primer documento supranacional, pues le precedían el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977, Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, el Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), la Acción común 96/610/JAI, de 15 de octubre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la creación y mantenimiento de un Directorio de competencias técnicas y conocimientos antiterroristas especializados para facilitar la cooperación antiterrorista entre los Estados miembros de la Unión Europea, la Acción común 98/428/JAI, de 29 junio 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la creación de una red judicial europea, y la Recomendación del Consejo, de 9 de diciembre de 1999, sobre la cooperación en materia de lucha contra la financiación del terrorismo.

En esa dirección se llega a la mentada Decisión marco 2002/475/JAI, relativa a la lucha contra el terrorismo. De acuerdo con la Decisión, los actos de terrorismo son actos intencionales orientados a amedrentar a una población para así atentar contra un Estado o un conjunto de Estados o una Organización Internacional, atacando la vida y salud y libertad de las

poblaciones, destruyendo estructuras políticas, económicas o sociales. Por su parte un “grupo terrorista” es una “asociación estructurada de más de dos personas que actúa de manera concertada...” La Decisión establece deberes que han de cumplir los Estados miembros: penas efectivas, proporcionadas y disuasivas que pueden conllevar la extradición; modulación de las penas por cooperación y arrepentimiento, y sanciones imponibles a personas jurídicas.

La lucha “europea” contra el terrorismo ha alcanzado, en suma, a la coordinación policial e intercambio de información, auxilio entre jueces y fiscales, respeto de las decisiones judiciales de los otros Estados, posibilidad, y la persecución *transfronteriza de los delincuentes terroristas*. Pero la superación de la competencia territorial, y con ella, la *competencia para juzgar*, tema central de estas páginas, lo único que establece la Decisión es que los Estados miembros se comprometen a adoptar medidas para establecer su competencia en relación con los actos terroristas, asumir su competencia si se niegan a extraditar a sus propios nacionales y, por último, coordinar sus acciones y fijar las competencias con objeto de centralizar las gestiones cuando varios Estados miembros puedan tener razones para conocer del delito o juzgar sus responsables.

En punto a la lucha policial los avances son importantes, pues el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, al que España se adhiere en 1991, al referirse a la cooperación policial, acoge la vigilancia transfronteriza (artículo 40), la persecución transfronteriza o “en

caliente”, a lo que se suma la comunicación plena de información y la transmisión de la ejecución de sentencias penales. La Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo, continúa en esa línea (que por supuesto es imprescindible). En cuanto a la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales se asume que *todavía es un objetivo a alcanzar*, pues para que fuera viable sería preciso también armonizar normas procesales penales, y ahí se puede topar con los límites derivados de la tradición de cada Estado o del modo que tenga de entender su *soberanía penal*. Es verdad que la regulación del llamado euroarresto (Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros) ha sido un importante avance, pero que no está libre de problemas.

Fuera de duda está, así pues, que en relación con el terrorismo *la cooperación policial está mucho más desarrollada que la cooperación judicial en materia penal*. Las razones por las que el “nacionalismo” es más intenso en un ámbito que en otro, pero en el fondo creo que el tema del terrorismo no se separa de las dificultades generales que tiene la armonización del derecho penal en Europa y la consecución efectiva de un único espacio judicial que fuera el *forum commissionis delicti* también común.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBEROLA, O. Y GRANSAC, A, *El anarquismo español y la acción revolucionaria 1961-1974*, Ruedo Ibérico, Paris, 1975.
- BUENO, GUSTAVO, *La vuelta a la caverna. Terrorismo, Guerra y Globalización*, Byblos, Barcelona 2005
- JAEN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006.
- MORALES, M., *Cultura e ideología en el anarquismo español (1870-1910)*, Diputación Provincial de Málaga, 2002.
- National Strategy for Combating Terrorism*, The White House, Washington, ed.elect. Septiembre, 2006
- PASTOR, DANIEL, *Poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006.
- TOSCANO, R., *Por una definición del terrorismo*, *El País*, 3 de julio de 2002
- Voz “Terrorism” en *Jewish Virtual Library*.
- VVAA, *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- VVAA, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Albacete, 2007
- VVAA, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Fecha de recepción de originales: 22 de febrero de 2008.
Fecha de aceptación de originales: 11 de marzo de 2008.