

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

VELS PRAVIDE ET PRO

Revista

Julio 2018

42

Revista Penal

Penal

Julio 2018



Revista Penal

Número 42

Sumario

Doctrina:

- El terrorismo en el siglo XXI: del terrorismo nacional al terrorismo global, por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* 5
- Justicia penal restaurativa: el redescubrimiento de la víctima ante el conflicto penal, por *Miguel Bustos Rubio* 31
- Violencia de género y diversidad cultural: el ejemplo de los matrimonios forzados, por *Fátima Cisneros Ávila*..... 43
- La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, por *Jesús Conde Fuentes*..... 56
- Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: La indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D, por *Javier Fernández Teruelo*..... 67
- Mercado regulado de cannabis vs. política bancaria. ¿Un mercado obligado a operar fuera del sistema financiero?, por *Pablo Galain Palermo* 82
- Composición de tribunales en el proceso penal polaco, por *Jacek Kosonoga*..... 99
- Aspectos principales de la responsabilidad penal de los partidos políticos, por *José León Alapont* 122
- Algunas consideraciones críticas en torno a los delitos de falso testimonio y el procedimiento arbitral, por *Jesús Martínez Ruiz*..... 142
- El caso Wannacry. Ataque en la red, por *Alberto Enrique Nava Garcés* 148
- Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad, por *Carlos María Romeo Casabona*..... 165
- Víctimas del terrorismo y su participación en la ejecución de la pena, por *Carmen Salinero Alonso*..... 180
- El conflicto entre vidas en Derecho penal, por *Mario Sánchez Dafaue*..... 203

Sistemas penales comparados: “Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) - Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018” 221

Especial: “ Informe de la Clínica Jurídico-penal de la Universidad de Salamanca sobre el caso de los jesuitas (El Salvador)”, por *Juan Pablo Agudelo Mancera, Luis Alberto García Barriga, Nora Graciela Martínez Abreu, Wendy Pena González, Tamara Poza Miguel y Laura Torres* 288

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



Santander



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume Iº	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Philipp Dominik y Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jiajia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo y Pamela Cruz (Uruguay)
Lavinia Messori (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



El terrorismo en el siglo XXI: del terrorismo nacional al terrorismo global

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Revista Penal, n.º 42. - Julio 2018

Ficha técnica

Autor: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Código ORCID: orcid.org/0000-0002-9532-8628

Title: Terrorism in the 21st century: from national terrorism to global terrorism

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

Sumario: I. Introducción. II. El nuevo marco del terrorismo. III. El derecho frente al nuevo terrorismo. IV. *Ius ad bellum*. La legítima defensa del estado. El crimen de agresión. V. La respuesta del derecho penal frente al terrorismo global. La política criminal de las organizaciones internacionales. Los autores de los atentados: ¿terroristas o soldados? VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

Resumen: este trabajo pretende estudiar algunas de las consecuencias, que los atentados del 11 de septiembre y los conflictos bélicos que se desarrollaron a continuación, han producido en el campo del Derecho penal internacional. Este objetivo hace necesario analizar las características de las nuevas formas de terrorismo yihadista, como delitos con componentes internacionales y la validez que frente a ellos tienen las herramientas jurídicas empleadas. En el ámbito internacional se examina la legítima defensa de los Estados contenida en su Carta fundacional y los intentos de revisar sus requisitos para dar cabida a la legítima defensa preventiva. Junto a ello se analiza el crimen de agresión y la posible consideración de los atentados de terrorismo global como crimen de lesa humanidad.

Palabras clave: terrorismo internacional. Derecho internacional y Derecho penal frente al terrorismo. Legítima defensa del Estado. Consideración jurídico penal de los atentados del terrorismo global.

Abstract: This paper aims at examining some of the consequences for international criminal law which derive from the 9/11 attacks and the wars that took place thereafter. It is necessary to consider the traits of the new forms of yihadist terrorism, such as crimes with international connections and the suitability of legal tools to combat them. At an international level, the right of States to self-defence according to the UN Charter is analysed, as well as the efforts to review its requisites to accommodate pre-emptive self-defence. Finally, attention is paid to the crime of aggression and the possibility to consider global terrorist attacks as a crime against humanity.

Key words: key words: international terrorism, international law and criminal law against terrorism, right of states to self-defence, global terrorist attacks as criminal offences.

Rec: 12-04-2018

Fav: 30-05-2018

I. INTRODUCCIÓN

El contenido del Derecho como producto histórico está sometido a condicionantes de muy distinta naturaleza que se derivan de los cambios que experimenta la realidad de la sociedad o de los criterios de ordenación de la misma. En este último supuesto, los cambios pueden consistir tanto en los objetivos que se busquen como en los medios que se apliquen para alcanzarlos. Por ello, es una constante histórica, que hoy también está presente, que las sociedades son diferentes y que los criterios de ordenación de las mismas, es decir, el contenido que presenta el orden social y por tanto el Derecho, varía de un país a otro y está sometido a muy distintos condicionantes, culturales, religiosos, económicos, etc.

Por otro lado, hoy se viven unas décadas marcadas, al igual que en otros momentos de la historia de la humanidad, por el progreso vinculado a los avances científicos de todo tipo, que introducen la duda donde antes se daban aparentes certezas, pero que en un mundo internacionalizado en todas sus manifestaciones hace que aumenten no sólo los riesgos¹ que genera la propia naturaleza, sino también, favorecido por el desarrollo alcanzado por la comunicación, hace más ostensibles las desigualdades, tanto en el interior de cada sociedad como entre las distintas regiones del mundo. El progreso, pero también la desigualdad, son dos rasgos que caracterizan a nuestro tiempo. La internacionalización, el progreso, las desigualdades y los distintos modos de

ordenar el mundo también tendrán reflejo en las páginas que siguen.

Pareciera que tras la Segunda Guerra Mundial se hubieran construido las bases de un nuevo orden mundial en torno a la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) y asentado sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos. La ONU² tal como consagra su Carta fundacional³, fue concebida con el propósito de preservar la paz y de servir de instrumento para desarrollar ese nuevo orden. Así, uno de sus primeras actuaciones fue aprobar en París, el 10 de diciembre de 1948⁴, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que significativamente inicia su Preámbulo afirmando:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, para concluir en su último artículo, el 30, estableciendo: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”⁵.

La actuación de la ONU, desde un primer momento, ha estado condicionada por las relaciones de poder entre las grandes potencias, que tienen puesto permanentemente en el Consejo de Seguridad y derecho de veto a sus decisiones. Desde su creación y hasta el momento actual han sido bastantes los fracasos de la ONU: en

1 Dentro de su abundante bibliografía tiene especial interés la obra de BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Paidós, 2008 (trad. de Carbó).

2 Las Carta de la ONU, origen de la organización que se aprueba en 1945, en San Francisco, por sus cincuenta miembros originales. Pese a su vocación universal y de igualdad entre Estados, se establece que cinco de ellos, Estados Unidos, Unión Soviética (hoy Federación Rusa), Reino Unido, Francia y la República de China (hoy República Popular China) tengan la condición de miembros permanentes del Consejo de Seguridad y puedan ejercer derecho de veto.

3 El art. 1 de la Carta de la ONU establece que “Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1) Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2) Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4) Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes”. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Carta de las Naciones Unidas*, 1945 (disponible en <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>; fecha de consulta: 20.03.2018).

4 Hay que subrayar que la votación en la que se aprobó la Declaración no contó con la unanimidad de los integrantes de la ONU, en aquel momento, 58. Hubo 48 votos a favor, ninguno en contra, pero se produjeron las significativas abstenciones, 8, de Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Unión Sudafricana, Unión Soviética, Ucrania y Yugoslavia, además de dos ausencias, las de Honduras y Yemen.

5 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948 (disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>; fecha de consulta: 20.03.2018).

principio, constituye un fracaso cada conflicto bélico, que no se ha conseguido evitar o detener a través del mecanismo colectivo de seguridad, que la propia Carta contiene en los artículos 39 y siguientes, para garantizar la paz y que se centra en la acción del Consejo de Seguridad.

Pero creo que, en su conjunto, son más relevantes sus éxitos, tanto por los conflictos evitados, como, en especial, por haber creado una estructura que posibilita el diálogo y la cooperación internacional. A lo que se une el haber abordado en los últimos tiempos, tras los Pactos de 1966 y los distintos convenios sectoriales, el desarrollo normativo de los Derechos Humanos contenidos en su Declaración⁶, con lo que ha creado una estructura jurídica que aspira a ser soporte de un orden mundial asentado sobre el hombre y sus derechos. La estructura de Naciones Unidas para intentar solucionar los conflictos entre los Estados, se completa desde un principio con la creación en 1945 de la Corte Internacional de Justicia⁷, con sede en La Haya, a cuya competencia contenciosa, únicamente tienen acceso los Estados como vía para resolver sus controversias.

Desde la constitución de la ONU hasta hoy, la historia del mundo ha venido marcada por la existencia y, a veces, por la colisión de distintos modos de intentarlo ordenar. Especialmente significativo es el enfrentamiento que se exterioriza en la denominada Guerra Fría, que simbólicamente concluye con la caída del muro de Berlín y con el fin de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Este enfrentamiento tenía como obligada referencia el miedo a la extensión

del modelo de Estado que arranca de la Revolución Rusa de 1917⁸, que se proyecta mucho más allá del territorio europeo y que, en más de una ocasión a lo largo del siglo XX, dio lugar a un nuevo modelo de lucha armada, la guerra revolucionaria⁹. Pero, junto a este hecho, hay otros factores, como los procesos de descolonización, que condicionan los enfrentamientos armados, el recurso a la utilización de la violencia para alcanzar objetivos políticos e incluso el lugar donde se producen estos enfrentamientos.

II. EL NUEVO MARCO DEL TERRORISMO

El 11 de septiembre de 2001, tuvieron lugar simultáneamente los atentados de las Torres Gemelas, en Nueva York, y del Pentágono, en Washington, en su mayor parte televisados en directo, lo que potenció su repercusión en todo el mundo. La fecha de estos atentados marca un antes y un después en la política internacional, abre la “guerra contra el terror”, pues, aunque con anterioridad ya habían tenido lugar otros actos de terrorismo de carácter internacional¹⁰, los del 11 de septiembre suponían la materialización de un terrorismo global, que va a tener continuación en otros atentados, también de gran repercusión y de análoga etiología, que alcanzan a distintas ciudades de la hasta entonces internacionalmente segura Europa.

Estos nuevos atentados han tenido siempre una gran repercusión mediática con consecuencias de muy distinta índole. Cuando tienen lugar, se genera una sensación de inseguridad, que no se limita a la esfera indivi-

6 Una buena prueba de este desarrollo normativo de los Derechos Humanos lo encontramos en los estudios recogidos en la monumental obra dirigida por PECES-BARBA, G. (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2013, tomo IV, vol. III, libros I, II y III.

7 Los artículos 92 y siguientes de la Carta de la ONU contemplan la existencia de esta Corte que sustituye a la Corte Permanente de Justicia Internacional. El art. 34 de su Estatuto, que constituye un anexo a la Carta de Naciones Unidas, establece taxativamente que “solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”, y la competencia de esta, de acuerdo con el art. 36.1, “La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Estatuto de la corte Internacional de Justicia*, 1945 (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>; fecha de consulta: 20.03.2018).

8 Es significativo el título de la obra y el análisis que en la misma lleva a cabo FONTANA, J., *El siglo de la revolución. Una historia del mundo desde 1914*, Barcelona, Planeta, 2017, ya en la introducción, p. 11, refiriéndose a la revolución rusa de 1917, sostiene: “La amenaza de subversión del orden establecido que implicaba el modelo revolucionario bolchevique determinó la evolución política de los demás, empeñados en combatirlo y, sobre todo, en impedir que su ejemplo se extendiera por el mundo”.

9 A título de ejemplo sobre este tipo de guerra puede consultarse las páginas que le dedico en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *La justicia transicional en Brasil. El caso de la Guerrilla de Araguaia*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2017, pp. 29 y ss.

10 Puede verse la relación de atentados anteriores a los del 11 de septiembre que recoge RÚPEREZ, J. “Las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo. Primer balance”, *Cuadernos de Pensamiento político*, 2005, pp. 66-67, pero los de Nueva York y Washington, además de su magnitud, eran los primeros que tenían lugar en el corazón de la nación más poderosa de la tierra. Ciertamente las primeras manifestaciones de la internacionalización del terrorismo nos llevan a remontarnos al terrorismo anarquista de las décadas finales del XIX, vid. MORAN BLANCO, S., “La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia”, *Anuario español de Derecho Internacional*, nº 26, 2010, pp. 252 y ss.

dual, sino que posee una dimensión colectiva, que les lleva a aparecer como factor desencadenante de importantes consecuencias políticas y jurídicas¹¹. Mientras tanto, en Siria, Irak o Afganistán, pero no sólo, los atentados, muchas veces con mayor número de víctimas, tienen una menor repercusión en los medios, forman parte del dramático día a día de esos países y nuestra sociedad les continúa percibiendo como algo lejano.

Paralelamente en el tiempo y aprovechando las circunstancias de un conflicto bélico cerrado en falso y de una “primavera árabe” frustrada, se crea un califato, autodenominado Estado islámico¹², con base territorial en Siria, Irak y en algunas ciudades libias y dotado de vocación universal. Su creación va a abrir un nuevo escenario bélico concentrado en Siria, donde convive con otra guerra civil, e Irak. Conflicto armado, en el que se implican con mayor o menor intensidad otras potencias externas a la región, en el que no se respetan las reglas más elementales del conocido como Derecho internacional humanitario, que debe regir en los conflictos bélicos.

Pero la actuación del ISIS, siglas con las que internacionalmente se conoce al califato, no solo se limita a los países donde tiene una base territorial, sino también es protagonista de los atentados que tienen lugar en Europa occidental. De hecho, tras la muerte de Bin Laden, ISIS es quien ha asumido el protagonismo en la yihad, tanto en las guerras de Siria e Irak, como a través de los atentados en los países europeos. Estos atentados, para los países occidentales, son actos de terrorismo, para los islamistas de ISIS son actos de la guerra contra los “cruzados” con la finalidad de llegar al “califato universal”.

Esta situación que se desarrolla en las primeras décadas del siglo XXI, genera, como se adelantaba, consecuencias políticas y jurídicas, tanto en el campo internacional como en el interior de los distintos Estados. Por un lado, internacionalmente, se constata un riesgo global vinculado a una nueva forma de terrorismo, que lleva a recuperar y revisar las causas que justifican las

denominadas “guerras preventivas” mientras que, paralelamente, en el marco interno se van a adoptar, con la coartada de la seguridad, medidas, no sólo penales, que, con carácter general, limitan derechos y garantías.

Si nos centramos en la situación en Oriente Medio, aparece como factor clave de inestabilidad en la región la creación en 1948 del Estado de Israel, en un territorio de población mayoritaria árabe, pero de un innegable significado histórico para el pueblo judío¹³. Además, la región es la cuna histórica del islam, dentro del cual también está presente el enfrentamiento, a veces violento, entre sus dos grandes corrientes¹⁴, los sunitas, mayoritarios en el mundo y con particular peso en Arabia Saudita, y los chiitas, con especial importancia en Irán.

La aproximación a toda la problemática que plantea las nuevas formas del terrorismo, requiere volver a referirnos al mundo islámico y ampliar alguna de las cuestiones apuntadas, muy especialmente a las organizaciones que, con la utilización de la violencia para alcanzar sus objetivos, han marcado las últimas décadas.

Durante un tiempo, la yihad, materializada en el terrorismo islámico, estuvo vinculada a Al Qaeda y a su líder Osama Bin Laden, un ortodoxo sunita, miembro de una rica familia saudí. Esta organización es la autora, entre otros, de los atentados del 11 de septiembre a los que antes se ha hecho referencia. Al Qaeda surge en Afganistán en el marco de la guerra frente a la invasión llevada a cabo por la URSS, sobre la base de un fundamentalismo islámico con la tutela de los muyahidines y vinculada a la emblemática figura de su fundador, Bin Laden.

El recurso a la violencia en este caso tiene una base religiosa basada en una lectura del Corán, suscrita únicamente por una minoría de los musulmanes¹⁵, pero que ciertamente aparece acompañada de otros factores, que en la práctica han actuado como desencadenantes de esas interpretaciones de los textos coránicos y que, por ejemplo, ayudan a entender la incorporación a la yihad de islamistas nacidos en distintos países europeos, no

11 Con claridad puesto de relieve por PÉREZ CEPEDA, A., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 28.

12 Sobre el ISIS, puede consultarse, McCANTS, W., *El apocalipsis del ISIS*, Bilbao, Deusto, 2016, *passim*.

13 El territorio de Israel siempre ha tenido un significado para el pueblo judío, “Eretz Israel”, la tierra de Israel, o la referencia al mismo en alguna de sus celebraciones, “El año próximo en Jerusalén”. Sobre la creación e historia del Estado de Israel, puede consultarse, BEN-AMI, S., MEDIN, Z., *Historia del Estado de Israel: génesis, problemas y realizaciones*, Madrid, Rialp, 2ª ed. 1991.

14 Sobre estas dos corrientes puede consultarse, con abundante información, MARTÍN, J. *Sunies y Chies. Los dos brazos de Alá*, 2ª ed., Madrid, Catarata, 2008. Con carácter general sobre el Islam, sus orígenes, su historia y sus corrientes véase ARMSTRONG, K. *El Islam*, 2ª ed., Madrid, Debate, 2013, *passim*.

15 Tiene mucho interés la espléndida monografía de ARMSTRONG, *El Islam*, *cit.*, en especial es aconsejable la lectura del capítulo titulado, “Los problemas actuales del islam” (pp. 156 y ss.), que proporciona una explicación a la actual situación.

sólo los que se incorporan a las guerras de Oriente Medio, sino también los autores de atentados en los países europeos en los que muchos de ellos nacieron¹⁶. Por tanto, detrás de este terrorismo no está sólo la religión, también concurren razones sociológicas derivadas de la marginalización que padecen en algunos países europeos emigrantes originarios de la zona, lo que no debe olvidarse a la hora de determinar las políticas encaminadas a abordar esta problemática.

Concluida la guerra Al Qaeda continuó manteniendo campos de entrenamiento que llevan a que su presencia, más o menos importante, se extienda a muchos otros países, con atentados de distinta entidad y repercusión¹⁷.

Los atentados del 11 de septiembre, como se adelantaba, producen un importante giro en la política exterior estadounidense con el inicio de la conocida como “guerra contra el terror”¹⁸ y con la estigmatización de los Estados que engloba el que Bush denominara “el eje del mal”¹⁹. La nueva guerra tiene como primer escenario Afganistán y lleva a la expulsión del poder de los muyahidines, mientras que los miembros de Al Qaeda continúan operativos en la zona más montañosa del país próxima a Pakistán. Paralelamente, un miembro de Al Qaeda, Abu Musab al-Zarqawi, se traslada a Irak, donde rápidamente construye una red clandestina que está operativa cuando, en marzo de 2003, se produce la invasión estadounidense de este país. Este grupo es el origen del actual Estado Islámico.

El caótico desarrollo de la guerra y la posguerra, va a ser una fuente de crecimiento de las filas yihadistas, no sólo por la conocida motivación de la invasión, en supuestas y nunca halladas “armas de destrucción masiva”, sino también por el desconocimiento de los mandos estadounidenses de las claves religiosas y culturales de la sociedad de Irak, con una minoría chiita que detentaba el poder en un país de mayoría social sunita. A todo lo cual se unió una expulsión de muchos de los funcionarios, lo que paralizaba el funcionamiento de la Administración, completada con una represión desmedida²⁰.

En este marco, el 15 de octubre de 2006 se anuncia la creación del Estado Islámico²¹, desgajándose de Al Qaeda, con la que mantiene importantes diferencias estratégicas, en especial respecto al momento en que debía constituirse el califato. El Estado Islámico incorpora signos externos de un Estado, como la bandera, la base territorial y la denominación de sus autoridades. Este califato, en su corta historia, ha pasado por distintas fases y con diferentes denominaciones²² y con una presencia territorial centrada, en su momento de máxima expansión, en Irak y Siria. Su organización es la de un Estado regido por la versión más severa de la legislación del Islam, y caracterizado por una utilización de las redes sociales tanto como modo de captación de combatientes extranjeros, como para difundir ejecuciones y otras muestras de terror. Hoy el liderazgo de la yihad a nivel internacional es protagonizado por

16 Entre las reflexiones que se han llevado a cabo en los últimos tiempos sobre la presencia del terrorismo islámico en España y, más en concreto, en Cataluña, tiene particular interés la lectura de la entrevista a Lorenzo Vidino en el suplemento “Ideas” del periódico *El País*, del 27 de agosto de 2017, que al hilo de los atentados de Barcelona cuestiona que la integración sea el antídoto de la radicalización, pues no es cuestionable la integración de los autores de los atentados en Barcelona y Cambrils. Hay que poner en relación estas opiniones con la aparente pertenencia de los mismos a la secta “Takfir Wal Hijra”, el ala más radical del yihadismo, a cuyos miembros les está permitido llevar a cabo los comportamientos propios de un no perteneciente al Islam, lo que les hace particularmente difíciles de localizar, con carácter previo a la realización de sus atentados. MARS, A., “Lorenzo Vidino: ‘Muchos yihadistas están muy bien integrados’”, *El País*, 2017 (disponible en https://elpais.com/ccaa/2017/08/25/catalunya/1503673471_747723.html; fecha de consulta: 20.03.2018).

17 Sobre Al Qaeda, puede consultarse el capítulo que dedica MARTIN, J., *idem*, pp. 223 y ss., en el que analiza los condicionantes y hechos que traen como consecuencia su nacimiento.

18 Para Bush la guerra no era solo la “guerra contra el terror”, era algo mucho más trascendente, era la “guerra contra el mal”, FONTANA, *El siglo de la revolución*, cit., p. 537.

19 Bush en su discurso sobre el estado de la Nación, el 29 de enero de 2002, aplicó esta denominación a los Estados que apoyaban al terrorismo, que, en un primer momento, centró en Irán, Irak y Corea del Norte. Véase la transcripción del referido discurso en el periódico *The Washington Post*, “Text of President Bush’s 2002 State of the Union Address”, 2002 (disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/onpolitics/transcripts/sou012902.htm>; fecha de consulta: 20.03.2018).

20 Con razón, afirma FONTANA, *El siglo de la revolución*, cit., p. 54: “no fue en las mezquitas, sino en las prisiones de Irak donde se formaron los dirigentes del Estado islámico”.

21 Sobre el nacimiento de ISIS, su fundamentación religiosa y sus diferencias con Al Qaeda, vid. McCANTS, *El apocalipsis del ISIS*, cit., en especial pp. 45 y ss.

22 En 2013, el “Estado Islámico” pasa a denominarse “Estado Islámico de Irak y el Levante”, coincidiendo con la consolidación de su presencia en Siria. En junio de 2014, vuelve a la denominación de “Estado Islámico”, coincidiendo con la autoproclamación de Abu Bakr al-Baghdadi como califa. Sobre este punto véase PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, cit., p. 31 y con amplitud, McCANTS, *El apocalipsis del ISIS*, cit., en especial el capítulo 6 (pp. 143 y ss.), que titula “El califato renacido”.

el Estado Islámico²³, ISIS, con actuaciones bélicas en especial en Irak y Siria y actos dirigidos a producir terror por todo el mundo. Sobre toda esta compleja situación, además se proyecta, como componente no menor, los ya señalados factores del valor económico de los recursos petrolíferos y del significado estratégico de la región.

III. EL DERECHO FRENTE AL NUEVO TERRORISMO

La proyección del Derecho sobre la actual realidad del terrorismo yihadista y de los conflictos armados vinculados al mismo, deja abiertas, distintos grupos de cuestiones que deben ser objeto de análisis²⁴, aunque en este trabajo, como se irá señalando, no se pretende abordar la totalidad de las mismas.

Un primer problema lo constituye la proyección sobre esta realidad del terrorismo internacional de la clásica diferenciación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bellum*. La ONU, pese a nacer con el objetivo de resolver por vía pacífica los conflictos entre los Estados, con un papel decisivo de un Consejo de Seguridad condicionado por el derecho al veto de algunos de sus integrantes, reconoce en el art. 51 de su Carta fundacional, un “derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de la ONU. Los límites de esta legítima defensa y su concurrencia o no en las denominadas “guerras preventivas” y en concreto en los conflictos bélicos posteriores a los atentados del 11 de septiembre, deben ser objeto de debate y análisis desde las exigencias vinculadas a nuestro modelo de Estado, de las que no debemos prescindir, pues constituyen los rasgos de identidad de nuestras sociedades. Vinculado a este punto están las posibles consecuencias de los delitos que en los Principios de Nuremberg son denominados “crímenes contra la paz”, delitos referidos a una realización antijurídica del *ius ad bellum*.

En relación a los comportamientos individuales y la proyección sobre los mismos del Derecho penal es decisivo delimitar conflicto armado y terrorismo²⁵. Los

comportamientos llevados a cabo dentro de un conflicto armado son objeto del *ius in bellum*, quedan dentro del Derecho internacional humanitario, y se proyecta sobre ellos su consideración como *ius cogens*. Mientras que la calificación de un hecho como terrorismo nos conduce a las tipificaciones y límites del Derecho penal de cada Estado. En este punto hay que pronunciarse sobre las consecuencias de la ausencia de una definición de terrorismo internacional y sobre la posibilidad o no de la consideración dentro del Derecho penal internacional de determinadas manifestaciones del terrorismo, en cuanto pudieran llegar a ser consideradas como crímenes contra la humanidad.

En el actual marco jurídico, el tema no es simple, pues entre otras cuestiones hay que resolver si, como parece evidente, es conflicto armado, el que tiene lugar en Siria e Irak, donde hay una base física del ISIS, del autodenominado califato, aunque este no reciba internacionalmente la consideración de Estado, por lo que los hechos que allí se desarrollan son objeto del Derecho internacional humanitario. Pero, aceptando este punto de partida, la primera gran cuestión es si los atentados que tienen lugar fuera de ese límite físico, lo que se ha calificado como terrorismo internacional, son también actos de guerra, como los considera el ISIS. De igual manera hay que pronunciarse sobre la consideración que merecen las acciones con drones o por cuerpos de élite, contra dirigentes de ISIS, que a veces están acompañados de los denominados “daños colaterales”, llevados a cabo lejos de donde físicamente tienen lugar los enfrentamientos.

Finalmente, no puede obviarse el abordar con carácter general hasta donde pueden llegar en la respuesta de los Estados en esta situación tanto si se considera una nueva forma de guerra o una nueva clase de terrorismo. Rechazando las prácticas de tortura y la existencia de espacios situados fuera del derecho. Como puede constatar de su mera enumeración todos son temas particularmente complejos a lo que se añade en la práctica el peso y el distinto sentido que sobre todos ellos tiene el poder de definición de los Estados y el peso que socialmente se da a la seguridad frente a la acción, real

23 Una prueba de este liderazgo es el reconocimiento de la adhesión a ISIS de otras organizaciones de terrorismo islámico. Es significativa la llevada a cabo por Boko Haram, potente organización terrorista con base central en Nigeria, que adquiere una gran repercusión mediática por haber llevado a cabo el secuestro de más de 200 niñas de una escuela.

24 En esta línea de necesaria reflexión sobre las nuevas manifestaciones del terrorismo, debe destacarse el trabajo que lleva a cabo el equipo que en la Universidad de Salamanca coordina la profesora Pérez Cepeda. Su plasmación más reciente, que ha visto la luz cuando concluyo este trabajo, es PÉREZ CEPEDA, A., RUIZ ARIAS, M. (dirs.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Salamanca, RATIO Legis, 2017.

25 Es básico sobre este punto el análisis que efectúan OLÁSULO ALONSO, H., PÉREZ CEPEDA, A., *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, *passim*.

o posible, del enemigo, como justificación de supresión o limitación de derechos y libertades.

IV. IUS AD BELLUM. LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL ESTADO. EL CRIMEN DE AGRESIÓN

El derecho de los Estados a emprender la guerra en sus relaciones con otros Estados, así como las condiciones para que se esté ante una guerra justa²⁶, es un tema clásico en el Derecho internacional. En un primer momento, se consideraba que el derecho a emprender una guerra es una expresión de la soberanía, sometido únicamente al condicionante de la existencia de un acto formal de declaración por parte del príncipe que, como depositario de la soberanía, es quien está legitimado para adoptar una decisión con este contenido²⁷. En la vieja concepción de Clausewitz²⁸, la guerra, el recurso a la violencia por parte de los Estados, no era sino la continuación de la política por otros medios, se trataba por tanto de un derecho a hacer la guerra derivado de la soberanía y que podía llevar a cabo quien fuera titular de la misma.

Ya desde las últimas décadas del siglo XIX y, muy especialmente, tras la Primera Guerra Mundial, fueron varios los intentos de regular internacionalmente el uso de la fuerza por parte de los Estados²⁹, el *ius ad bellum*,

cabe mencionar la creación de la Sociedad de las Naciones, el pacto Briand Kellog de 1928³⁰, o el Saavedra Llamas de 1933³¹ en el ámbito latinoamericano. En estos textos con distintas formulaciones los Estados firmantes plasman su renuncia a recurrir a la fuerza para resolver sus potenciales conflictos³².

Tras la Segunda Guerra Mundial, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg³³ consagra la competencia del tribunal, para juzgar los crímenes contra la paz y junto a ellos a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad. De los primeros, en su art. 6, da la siguiente definición: “Crímenes contra la paz: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados”, añadiendo en el artículo siguiente que: “El cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena”³⁴.

Con posterioridad a la actuación del Tribunal, la creación de la ONU supuso un paso decisivo en esta dirección pues, como se adelantaba, nacieron con el objetivo general de ser un medio para intentar evitar

26 Sobre la guerra justa y los rasgos que debe tener para que merezca tal calificativo es emblemática la aportación de Juan Ginés de Sepúlveda, que polemizó con Bartolomé de las Casas en la conocida controversia de Valladolid: Sobre la posición de Sepúlveda acerca de las condiciones de la guerra justa, puede verse, MANERO SALVADOR, A., “La controversia de Valladolid: España y el análisis de la legitimidad de la conquista de América”, en *Revista electrónica Iberoamericana*, vol. 3, nº 2, 2009, pp. 94 y ss. <http://www.urj.es/ceb>

27 Sobre este punto, por todos, puede consultarse, REGUEIRO DUBRA, R., *La legítima defensa en Derecho Internacional*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado UNED, 2012, pp. 37 y ss., toda la exposición que efectúa sobre “la doctrina de la guerra justa y el Derecho Internacional clásico”.

28 Existe una reciente edición en español de la obra clásica de VON CLAUSEWITZ, C., *De la guerra*, Madrid, La esfera de los libros, 2005 (trad. Carlos Fortea).

29 Sobre estos primeros intentos de establecer límites al uso de la fuerza, vid. REGUEIRO, *La legítima defensa en Derecho Internacional*, cit., pp. 45 y ss.

30 El Pacto inicialmente fue firmado por: “El Presidente del Reich alemán; el presidente de los Estados Unidos de América; Su Majestad el Rey de los belgas; el presidente de la República Francesa; Su Majestad el Rey de Gran Bretaña, Irlanda y los territorios británicos de ultramar, Emperador de las Indias; Su Majestad el Rey de Italia; Su Majestad el Emperador del Japón; el presidente de la República de Polonia; el presidente de la República Checoslovaca”. El breve texto del Pacto, sólo tiene tres artículos y su contenido tuvo gran importancia para la formulación de las acusaciones en los juicios de Núremberg. *Tratado de Renuncia a la Guerra*, Pacto Briand-Kellog, 1928 (disponible en <https://www.dipublico.org/3584/tratado-de-renuncia-a-la-guerra-pacto-briand-kellog-1928/>; fecha de consulta: 2.03.2018).

31 El Tratado antibélico de no agresión y de conciliación, fue suscrito en Rio de Janeiro en 1933. *Tratado antibélico de no-agresión y de conciliación* (Pacto Saavedra-Lamas), 1933 (disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-9.html>; fecha de consulta: 2.03.2018).

32 El art. 1 del pacto Briand Kellog establecía: “Las Altas Partes Contratantes, en nombre de sus pueblos respectivos, declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas”. *Tratado de Renuncia a la Guerra*, cit.

33 El contenido del este Estatuto en lo referido a los delitos internacionales fue asumido por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su sesión de 1950, como “los Principios de Núremberg”. *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, 1945 (disponible en http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66; fecha de consulta: 2.03.2018).

34 *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, *idem*.

los enfrentamientos armados entre los Estados, de alguna forma, como subraya Corten³⁵, se inicia un camino, que permitía llegar a afirmar que del *ius ad bellum* se pasaba a un *ius contra bellum*. En el artículo inicial de su Carta fundacional, al establecer los propósitos de la nueva organización, se afirma que estos son:

“Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”³⁶,

y, más adelante, coherentemente, en el art. 2.4, se determina:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”³⁷.

Ahora bien, este punto de partida debe ser considerado en el marco del establecimiento de un sistema de seguridad colectiva que se asienta sobre un Consejo de Seguridad, condicionado por el derecho al veto de las grandes potencias, y completado con el reconocimiento, en el art. 51, de un “derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado”, contemplado, dentro del sistema general, como un derecho provisional y subsidiario³⁸.

Es importante subrayar que, la regulación por el Derecho del *ius ad bellum*, se puede considerar en dos niveles, en primer lugar, que es el contemplado en la Carta de Naciones Unidas, referirla a las relaciones entre Estados, es decir, teniendo como sujetos de su posible

aplicación a los Estados, no a las personas físicas y, en segundo lugar, proyectarla sobre las personas físicas que dirigen esos Estados y que, por definición, pueden tomar decisiones y desarrollar políticas que infrinjan esa regulación del *ius ad bellum*, que supongan actos de agresión, los delitos contra la paz que recogía el Estatuto de Núremberg.

Indudablemente ambos planos están íntimamente relacionados, pues, al exigir responsabilidades penales a los que toman decisiones que contravienen gravemente las normas de Derecho Internacional, el Derecho penal está asumiendo su papel funcionalmente secundario de reforzar el cumplimiento del contenido de los demás derechos, también del Derecho internacional. Por eso, obviamente, la eventual responsabilidad penal individual por un crimen de agresión, estará sometida como primer condicionante al quebrantamiento de la normativa internacional que regula el derecho a declarar la guerra.

La historia pone en evidencia los numerosos obstáculos que tiene que salvar el camino que abrió la *Carta de Naciones Unidas* al diseñar un sistema de seguridad internacional y también los *Principios de Núremberg* al dar el primer paso en el desembarco del Derecho penal como refuerzo del Derecho Internacional y que se plasma en contemplar a las personas físicas como sujetos del Derecho Internacional³⁹.

El primer gran bloque de problemas lo presenta la aplicación práctica del contenido de la legítima defensa que reconoce el art. 51. Los problemas se vinculan a varios factores: en primer lugar, con anterioridad a la Carta, en Derecho Internacional, ya se reconocía un derecho de los Estados a la legítima defensa, con una fundamentación consuetudinaria y mayor amplitud que la del art. 51, lo que era explicable entre otras razones por no existir un sistema de seguridad colectiva como el que regula la Carta. Esto lleva a poder afirmar la coexistencia hoy de las dos regulaciones, la convencional

35 CORTEN, O., *Le droit contre la guerre*, 2ª ed., París, Pedon, 2014, p. 2, expone las razones de este cambio, que, por otro lado, le lleva a dar este título a su auténtico tratado sobre el recurso a la violencia en las relaciones internacionales.

36 ONU, *Carta de las Naciones Unidas*, cit.

37 *Idem*.

38 Aspecto subrayado por un importante sector de la doctrina internacionalista. Por todos ver REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; en especial pp. 680 y ss. Con carácter general sobre la legítima defensa en el marco de Naciones Unidas, véase con amplitud, REGUEIRO, *La legítima defensa en Derecho internacional*, cit., pp. 57 y ss.

39 Ver SANDS, P., *Calle Este-Oeste*, Barcelona, Anagrama, 2017 (trad. Ramos Mena), *passim*, para conocer todo el debate doctrinal que acompaña a los juicios de Núremberg y su trascendencia en la evolución del Derecho Internacional. En particular tiene mucho interés el examen que lleva a cabo de las figuras de Hersch Lauterpacht, a quien se debe la elaboración conceptual de “crímenes contra la humanidad” y Rafael Lemkin, que aporta la construcción del “delito de genocidio”. Por otro lado, ambos fueron antiguos alumnos de la Facultad de Derecho de la ciudad, hoy ucraniana de Lviv, en el libro Lemberg, y que también se llamó, Lvov y Lwow. En sus cambios de nombre refleja la dramática historia de esta ciudad y de esta parte de Europa a lo largo del siglo XX, en el que comenzó formando parte del Imperio Austro Húngaro, más tarde de la República de Ucrania Occidental, luego de Polonia, después de la Unión Soviética, luego de Alemania, de nuevo de la Unión Soviética, dentro de ella Ucrania, y ahora, finalmente de Ucrania.

ya la consuetudinaria⁴⁰. En segundo lugar, al reposar el sistema de seguridad de la ONU sobre el Consejo de Seguridad, la interpretación sobre su alcance está condicionada por el peso cualitativo del voto de las grandes potencias a las que se les otorga un derecho de veto, lo que, en los últimos tiempos y, en especial, por las posiciones sostenidas por los Estados Unidos, ha conducido en la práctica a la desnaturalización de algunos de sus requisitos. En tercer lugar, el contenido del artículo se refiere a las relaciones entre Estados miembros de la ONU, con lo que queda abierta la cuestión de si es aplicable a supuestos en los que esté implicado un Estado no miembro de la ONU, o no reconocido como Estado, o simplemente que no sea Estado por ser, por ejemplo, una organización terrorista. Finalmente, y como complemento de todo lo expuesto, no hay que olvidar que el recurso a la violencia en las relaciones internacionales no se plasma solo en la legítima defensa, pues el propio Consejo de Seguridad puede acordar el recurso a la misma⁴¹ y, por otra parte, la realidad de las relaciones internacionales, tal como recuerda un importante sector doctrinal⁴², reconoce la licitud del recurso a la fuerza en supuestos como la autodeterminación en relación con procesos descolonizadores, o en la respuesta frente a usos menos graves de la fuerza, o en una solicitud del gobierno local o incluso como medio para impedir violaciones graves y sistemáticas de Derechos Humanos.

Todos estos condicionantes han llevado a desnaturalizar los requisitos propios de la legítima defensa, que, en gran medida, respecto a las personas físicas, han sido desarrollados por el Derecho penal, y que en el campo internacional están vinculados a su fundamentación consuetudinaria, como son la agresión ile-

gítima, en este caso “el ataque armado”, a la que se une la exigencia de que la respuesta, la defensa, sea proporcional, necesaria e inmediata⁴³. A estos requisitos hay que añadir el carácter provisional y subsidiario de la defensa, que se deriva de la inclusión del derecho a la legítima defensa dentro del sistema de seguridad colectiva recogido en el articulado de la Carta⁴⁴.

Por tanto, el art. 51 y en general el sistema de seguridad colectiva contenido en la Carta, deja abiertas bastantes interrogantes y hubiera requerido desarrollos normativos aún no realizados. No hay que olvidar que la redacción de este y de otros preceptos, tiene delante el mundo de la posguerra, y que la Guerra Fría, en un primer momento, y los cambios experimentados en la realidad a regular más tarde, actúan como condicionantes que hacen que el poder de definición de las grandes potencias adquiera un importante peso y aleguen legítima defensa en casos en los que es más que discutible su presencia. Esta situación hace que la doctrina y las sentencias del Tribunal Internacional de la Haya⁴⁵ cumplan una función correctora de evidentes desviaciones, vinculadas a la realidad del peso del poder en las relaciones entre los Estados, pero que contradicen la esencia de la legítima defensa que no es otra que la existencia de una agresión ilegítima, es decir, que exista un ataque armado y que este ataque sea contrario a derecho. Si no hay agresión ilegítima, no es posible afirmar la existencia de legítima defensa, ni en Derecho penal, ni en Derecho Internacional penal. Tampoco puede olvidarse que la existencia de una agresión no hace que sea conforme a Derecho cualquier clase de respuesta, pues esta debe ser proporcional y necesaria.

40 Como en otros temas abordados en este estudio, es importante la *Sentencia de la corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 1986 sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua: necesidad de su inmediato cumplimiento*, 1986, en especial sus apartados 176 y 180, donde se reconoce la doble fundamentación convencional y consuetudinaria de la legítima defensa (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/501/81/IMG/NR050181.pdf?OpenElement> (fecha de consulta 20.3.2018)

41 Ver, en especial los artículos 42 y siguientes de la *Carta de Naciones Unidas*, cit.

42 Ver, con abundancia de ejemplos, REMIRO, *Derecho Internacional*, cit. pp. 683 y ss. En relación con la protección de nacionales, que incluye dentro de usos de la fuerza que no alcanzan la consideración de “ataque armado”, entiende, p. 686, que no pueden ser prohibidas por el Derecho siempre que sean: “1) puntuales en razón de espacio y tiempo, 2) limitadas y proporcionadas en los medios, su peditadas a la ineficiencia de del sistema de seguridad colectiva, 4) huérfanas de la colaboración, en sus casos, del Estado territorial a los efectos de resolver la situación conflictiva, y 5) encaminadas estrictamente a la protección de las vidas de las personas”. Con amplitud ver CORTEN, *Le droit contre la guerre*, cit., en especial toda le segunda parte, pp. 409 y ss., donde además de la legítima defensa, pp. 657 y ss., analiza de forma exhaustiva, otros supuestos de utilización de la fuerza como: la intervención consentida, pp. 409 y ss.; la intervención autorizada por el Consejo de seguridad, pp. 517 y ss., y la intervención humanitaria, pp. 801 y ss.

43 Ver con amplitud la exposición y análisis que lleva a cabo REGUEIRO, *La legítima defensa en Derecho internacional*, cit., pp. 79 y ss.

44 Por todos, véase, REMIRO, *Derecho Internacional*, cit., pp. 680 y ss., o REGUEIRO, *idem*, pp. 100 y ss.

45 En este tema es obligada la referencia a la ya citada sentencia del Tribunal Internacional de La Haya de 27 de junio de 1986 en el caso *Nicaragua vs. Estados Unidos*. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/501/81/IMG/NR050181.pdf?OpenElement>; fecha de consulta: 20.03.2018).

Sobre este punto de partida, la regulación de la legítima defensa del art. 51 parece evidente que va referida, tanto la agresión como la defensa, a comportamientos de Estados en los que además concurra, en ambos, en el que lleva a cabo la agresión y en el que se defiende de la misma, la condición de miembros de la ONU, lo que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, llevaría, en los supuestos en los que no se diera esta condición, a la regulación consuetudinaria, no debe olvidarse que la costumbre también es fuente del Derecho internacional, que históricamente contempla el recurso a la fuerza por parte de los Estados para defenderse de un ataque⁴⁶.

Aunque con anterioridad ya se habían producido otros casos en los que los Estados implicados habían alegado la legítima defensa para justificar una respuesta armada en otro Estado frente al terrorismo internacional⁴⁷, los hechos desencadenados tras los atentados del 11 de septiembre, ponen a prueba el sistema de seguridad colectiva de la *Carta de Naciones Unidas* y dentro del mismo al contenido de la legítima defensa, al exteriorizar una realidad en la que Estados Unidos, como potencia mundial hegemónica, pretende asumir en estos casos el papel de único intérprete del contenido de la *Carta de Naciones Unidas* o de la costumbre internacional como fuente del Derecho, llevando a cabo interpretaciones que se acomoden al contenido de su política internacional o de sus intereses económicos o militares⁴⁸.

Ciertamente el 11 de septiembre abre una nueva dimensión de la utilización de la fuerza en el ámbito internacional no solo desde el punto de vista de los atentados y enfrentamientos armados a ella encadenados también porque ponen de relieve la fragilidad de la seguridad de nuestras sociedades⁴⁹, incluso de la que lidera, o aspira a hacerlo, el ámbito internacional. La actuación del terrorismo islámico a partir de ese mo-

mento y la respuesta frente al mismo, pone sobre la mesa una realidad que poco tiene que ver con la que tenían presente los redactores de la Carta.

Tras los atentados, el Consejo de Seguridad, el 12 de septiembre, aprueba la resolución 1368 que adopta como punto de partida el reconocimiento del “derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”⁵⁰, lo que parece dar pie a una revisión del contenido de la legítima defensa pues el ataque armado ya había concluido y, por otra parte, no precisaba frente a quien podría ir dirigida esa posible legítima defensa. La resolución es confirmada y ampliada días más tarde por la resolución 1373, que reitera, “(...) el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva reconocido en la Carta de las Naciones Unidas y confirmado en la resolución 1368 (...)”⁵¹ y da un paso más al recordar, apoyándose en anteriores resoluciones que, “(...) todos los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos, y de permitir actividades organizadas en su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos”⁵².

Este contexto internacional, condicionado por la conmoción que supuso unos atentados televisados a todo el mundo, no era ciertamente el más adecuado para llevar a cabo una reflexión serena sobre la respuesta jurídicamente más acorde con los principios de la ONU, aunque estos se mencionaran en las dos referidas resoluciones.

Los Estados Unidos, como respuesta a los atentados del 11 de septiembre, van a emprender, con aliados, sucesivamente las dos mencionadas guerras, contra Afganistán primero y contra Irak más tarde, y acciones militares concretas en distintos lugares de África dentro de las operaciones que denomina de “libertad

46 Ver lo ya expuesto en la nota (41)

47 En su muy documentado monografía, REGUEIRO, *La legítima defensa en Derecho Internacional*, cit., pp. 266 y ss., analiza los siguientes casos que tiene lugar antes del 11 de septiembre de 2001: Israel-Líbano (1968); Israel-Túnez (1985); Estados Unidos-Libia (1986); Estados Unidos-Irak (1993); Turquía-Irak (1995); Estados Unidos-Sudán/Afganistán (1998).

48 Véase el examen que lleva a cabo CORTEN, *Le droit contre la guerre*, cit., pp. 17 y ss., de lo que denomina “el papel preponderante de la práctica de los “major States”. Como las necesidades que determinan el contenido o los cambios del contenido de la costumbre se vinculan a expresiones como “Gobiernos occidentales”, “comunidad de democracias” y, todavía “mundo civilizado”.

49 Ver el muy sugerente análisis que lleva a cabo BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Paidós, 2008, pp. 34 y 103 y ss., como ejemplo de la fragilidad de la seguridad de nuestras sociedades se refiere al atentado de las Torres Gemelas, llevado a cabo artesanalmente, mientras tenía lugar la discusión sobre la instalación del sofisticado “escudo antimisiles”, como garantía de la seguridad frente a ataques armados.

50 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 1368 (2001) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001*, 2001 (disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1368%20\(2001\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1368%20(2001)); fecha de consulta 20.03.2018).

51 *Idem*.

52 *Idem*.

duradera". Todas estas acciones se basan en una nueva política de seguridad nacional, que pasa entre otras cosas, muy especialmente, por una revisión en profundidad de la legítima defensa preventiva. En el caso de Afganistán por entender que con el apoyo de este Estado al consentir que en su territorio estuvieran las bases de Al Qaeda, posibilitaba sus acciones terroristas. En el caso de Irak, uno de los países incluidos en el "eje del mal", por la posible tenencia de armas de destrucción masiva que podían ser utilizadas por las organizaciones terroristas⁵³.

La justificación de este recurso a la fuerza, lo fundamenta Estados Unidos, con el apoyo de parte de la doctrina, en la necesidad de llevar a cabo una redefinición de los límites de la legítima defensa, que haga de ella un instrumento adecuado para afrontar la nueva realidad del terrorismo internacional. El punto de partida radica en diferenciar entre "preemption attack, "la respuesta lícita frente al ataque inminente", y la "preventive war", el ataque frente a amenazas potenciales⁵⁴. Las acciones militares de la guerra contra el terror van dirigidas contra amenazas potenciales, no frente a ataques que puedan considerarse como inminentes. Con lo que pasa a primer plano el ya mencionado poder de definición, esencial en las políticas preventivas, con los riesgos que implica

Esta nueva política, la doctrina Bush de la legítima defensa, se plasma entre otros documentos en el que recoge *The National Security Strategy of de United States of America*⁵⁵, cuyo principio clave es la necesidad de una respuesta a las "capacidades y objetivos de los

adversarios de hoy" que añade concurren en estos enemigos, "Estados al margen de la ley y los terroristas, no buscan atacarnos usando medios convencionales". En síntesis, es una nueva forma de guerra, muy distinta de la guerra convencional, que es la que tiene presente la redacción del art. 51 cuando regula la legítima defensa, la nueva realidad hace necesaria una nueva respuesta, plasmada en la actuación preventiva, que se justifica en el ataque sufrido y que pretende ser preventiva de futuros ataques análogos y que doctrinalmente sustituye la inminencia del ataque por la amenaza suficiente para la seguridad nacional⁵⁶.

Esta reformulación de la legítima defensa preventiva se aparta de la doctrina desarrollada desde el siglo XIX y que arranca del caso "Caroline", que subraya como imprescindible la inminencia del ataque e incorpora en la actuación del Estado que se defiende el requisito de la necesidad de la defensa⁵⁷. Como se pasa a exponer, la nueva doctrina y su aplicación en la práctica supone una revisión de la totalidad de los requisitos de la legítima defensa.

Como ya ha recordado Remiro Brotons, "no toda defensa legítima es legítima defensa"⁵⁸. Lo que, por otra parte, conduce a no olvidar que, como ya se apuntó, un Estado tiene también el posible recurso al uso de la fuerza en otros casos. El fundamento de la legítima defensa, también en la regulación del Código penal, como se adelantaba, radica en la existencia de una agresión ilegítima, agresión que ya se ha materializado, pero que no ha concluido. Sobre este punto de partida se incorporan los restantes ya apuntados requisitos que

53 No puede obviarse como la mayor parte de los autores de los atentados del 11 de septiembre y el propio Bin Laden eran saudíes.

54 Es esclarecedor el análisis que sobre este punto efectúa PÉREZ GONZÁLEZ, M., "La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva", *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003, en especial, pp. 198 y ss. También REMIRO, *Derecho Internacional*, cit., p. 674.

55 THE WHITE HOUSE, *The National Security Strategy of de United States of America*, 2002 (disponible en <https://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>; fecha de consulta: 20.03.2018).

56 Tiene mucho interés el análisis que de esta doctrina lleva a cabo PÉREZ GONZÁLEZ, *La legítima defensa puesta en su sitio*, cit., pp. 195 y ss., la clave, como subraya este autor es la necesidad de una actuación preventiva y reproduce del documento del Gobierno estadounidense la afirmación de cómo, "en el nuevo mundo en el que hemos entrado, el único camino hacia la paz y la seguridad es el de la acción". También puede consultarse el estudio que lleva a cabo GAMARRA CHOPO, Y., *La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada*, Barcelona, CIDOB, nº 77, 2007 (disponible en https://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/la_defensa_preventiva_contra_el_terrorismo_internacional_y_las_armas_de_destruccion_masiva_una_critica_razonada; fecha de consulta: 2.03.2018), pp. 229 y ss.. En análogo sentido, CRISTAKIS, T., "Vers une reconnaissance de la notion de guerre preventive", en BANLIER, K., et. al., *L'Intervention en Irak et le Droit International*, París, Pedone, 2004, p. 11, entiende que esta política incorpora un "principio de precaución", que hace que la incertidumbre sobre la realidad o la entidad de la amenaza "no debe impedir la intervención militar".

57 Sobre el caso Caroline, que nos remonta al siglo XIX, ver las páginas que le dedica REGUEIRO, *La legítima defensa en Derecho internacional*, cit., pp. 42 y ss.

58 REMIRO BROTONS, A., "Terrorismo internacional, principios agitados", *IUS*, nº 37, pp. 212-213, pues con razón recuerda que "la legítima defensa es siempre una excepción dentro de un sistema (de seguridad colectiva) en el que el poder coercitivo está depositado en instituciones comunes, en nuestro caso el Consejo de Seguridad".

se refieren a la respuesta del Estado que se defiende, la defensa ha de ser necesaria, proporcional, e inmediata. Los otros requisitos de provisionalidad y subsidiariedad, se derivan de su inclusión dentro del sistema de defensa colectivo establecido por la *Carta de Naciones Unidas*, pero no de la naturaleza de la legítima defensa.

La agresión se ha de plasmar en un ataque armado y sobre su contenido ya se pronunció hace años la Asamblea General, en su resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, enumerando una serie de comportamientos concretos independiente de que haya concurrido o no una declaración de guerra⁵⁹. El alcance de algunos de ellos ha sido modulado con posterioridad por el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, a través de sentencias como la ya mencionada del caso Nicaragua.

Los atentados del 11 de septiembre por su contenido pueden merecer la consideración de ataque armado, pero el problema radica en si son imputables al Estado, Afganistán, que va a ser objeto de la respuesta por parte de Estados Unidos alegando la existencia de legítima defensa frente al mismo.

La mencionada resolución de la Asamblea General considera como ataque armado en su apartado g):

“El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”⁶⁰.

Parece claro que por mucho que se fuerce la interpretación de esta resolución es difícil imputar a Afganistán la autoría de este ataque armado, máxime si se tiene en

cuenta las resoluciones del Tribunal Internacional de justicia en especial en el caso Nicaragua o la posición sostenida en otros supuestos en que fue alegada la presencia de la legítima defensa para justificar acciones armadas adoptadas. Reiteradamente se rechaza que el apoyo de un Estado a una guerrilla o a un grupo terrorista sea equivalente a los efectos de la legítima defensa a un ataque armado. No puede aceptarse la argumentación de la existencia de una agresión indirecta como suficiente para justificar la legítima defensa⁶¹.

Por otro lado, en el caso concreto de la operación “libertad duradera”, tampoco es aceptable que se pueda construir una argumentación de legítima defensa frente a Afganistán en base a que, en las resoluciones del Consejo de Seguridad ya mencionadas, existía una referencia a la legítima defensa, sin especificar contra quien, y que, en cualquier caso, la posterior notificación al Consejo de las acciones militares emprendidas, implique un reconocimiento del sistema de seguridad de Naciones Unidas.

En el caso de la guerra de Irak, la razón que se alegó para llevar a cabo la invasión en 2003 fue la existencia de las nunca encontradas armas de destrucción masiva. La tenencia de armas con muy elevado potencial destructivo, como es el caso de las armas nucleares, ha sido un problema que ha preocupado de forma reiterada a la ONU. Siempre el control sobre el desarrollo de la energía nuclear con posibles fines militares en especial por determinados Estados ha sido objeto de debate en especial y en relación al tema que nos ocupa si puede llegar a constituir base suficiente para justificar la aplicación de la legítima defensa.

59 a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, Definición de agresión*, 1974 (disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314(XXIX)&Lang=S&Area=RESOLUTION); fecha de consulta 20.03.2018).

60 *Idem*.

61 Un amplio análisis y desarrollo de toda esta línea argumental puede verse en CORTEN, O., DUBUISSON, F., *Operation “Liberté Immuable”: une extension abusive du concept de legítima defense*, en RGDIP 2002 (disponible en <https://dipot.ulb.ac.be/dspace/bitstream/2013/36285/1/2002.liberte.immuable.pdf>; fecha de consulta: 10.03.2018), p. 61, tras exponer diversos antecedentes de lo que denomina “ataque armado indirecto”, concluyen: “Nunca una instancia de la ONU ha aceptado el argumento de la legítima defensa cuando este ha sido utilizado para justificar una respuesta a un pretendido ataque armado indirecto constituido por un simple apoyo a fuerzas irregulares” (traducción libre).

En el caso de Irak lo que no se había producido era un ataque, se pretende justificar la invasión dando un paso más en la doctrina de la legítima defensa preventiva, en función del riesgo que suponía el que tuviera armas de ese potencial y el que no hubiera cumplido de forma satisfactoria los acuerdos de control adoptados por el Consejo de Seguridad⁶². Supone la aplicación práctica de la doctrina de seguridad propugnada por Bush, de una defensa por anticipación que garantizara la seguridad para los Estados Unidos y sus aliados y amigos⁶³ y que en este caso alega la presunción de una autorización del Consejo de Seguridad al empleo de la fuerza. En concreto, en la carta que envía el representante de Estados Unidos al presidente del Consejo de Seguridad es esta línea argumental que utiliza, remontándose al contenido de las resoluciones de 1990, previas a la Guerra del Golfo⁶⁴.

La pieza clave es la resolución 1441 de 2002⁶⁵, en la que el Consejo decide conceder a Irak una “última oportunidad de cumplir sus obligaciones en materia de desarme”. Pero lo que en ningún caso hace el Consejo es renunciar a su papel de titular del sistema de seguridad colectiva de la ONU, ni delega la función de control de cumplimiento de sus resoluciones en Estados Unidos, ni en ningún caso, ni expresa ni presuntamente, le concede un derecho a intervenir militarmente de modo preventivo en Irak.

La situación desencadenada por la respuesta por parte de Estados Unidos, frente al terrorismo global y frente a los Estados que le prestan apoyo, supone prescindir del sistema de defensa global recogido en la *Carta de*

Naciones Unidas, trae consigo una redefinición de la legítima defensa que, en la práctica, supone una confusión entre agresión y defensa. En puridad esto supone que casos, autocalificados como de legítima defensa por quien los llevan a cabo, tendrían que ser considerados como actos de agresión al apartarse del sistema de la ONU. Por otra parte, en la nueva política de seguridad internacional diseñada por Estados Unidos, éste pretende reservarse el monopolio de la posible utilización de esta redefinición de la legítima defensa⁶⁶, con lo que en razón de su poder imperial se está apartando de las exigencias señaladas por el Derecho Internacional⁶⁷. Suscribo la posición mantenida por un importante sector doctrinal, mayoritariamente europeo, de que no es aplicable a la legítima defensa un “principio de precaución” y que la incertidumbre sobre la realidad o la importancia de una amenaza no puede justificar una intervención militar⁶⁸.

La situación desencadenada por el terrorismo global pone de relieve la necesidad de potenciar el papel del Consejo de Seguridad frente al mismo, con el objetivo que la legítima defensa individual o colectiva de los Estados continúe siendo una excepción en el sistema de seguridad colectiva contemplado en la *Carta de Naciones Unidas*, e impida a que el *ius contra bellum* en la práctica vuelva de nuevo a ser *ius ad bellum*.

En este sentido lo que sería deseable es que cualquier acción contra el terrorismo global que implique una actuación armada contra un Estado se llevara a cabo con el acuerdo de la ONU. Como recordaba su Secretario General, al referirse a las reacciones de los

62 Puede verse una síntesis de los antecedentes de la guerra de Irak en CORTEN, *Le droit contre la guerre*, cit., en especial, pp. 596 y ss.

63 Vid., críticamente CONDORELLI, L., “Vers une reconnaissance d’un droit d’ingérence a l’encontre des ‘Etats voyous’”, en BANNLIER, *L’intervention en Irak et le droit international*, en especial, p. 52.

64 Vid. con detalle en CORTEN, O., *Le droit contre la guerre*, cit., p. 602.

65 El texto de la resolución puede consultarse en www.un.org/es/documents/sc/scaction/2002/iraq.htm fecha de consulta 18.03.2018

66 PÉREZ GONZÁLEZ, *La legítima defensa puesta en su sitio*, cit., pp. 198 y ss., critica con acierto la situación, en un apartado que, refiriéndose a esta redefinición de la legítima defensa, la califica como “(...) jurídicamente reprobable y políticamente perturbadora”. En análoga base argumental CORTEN y DUBUISSON, *Operation “Liberté inmuable”*, cit., p. 76, afirman, en relación con la posición de Estados Unidos que “parece más bien reenviarnos a un periodo de las relaciones internacionales que se creía superado, en el que los Estados utilizaban la fuerza de manera discrecional bajo el pretexto de sus ‘autoprotección’ o de la defensa de sus ‘intereses vitales’” (traducción libre).

67 El Instituto de Derecho Internacional en Santiago de Chile, en su reunión de 2007, dentro de “*Problèmes actuels du recours à la force en droit international*”, al pronunciarse sobre la legítima defensa acordó, que: “Las doctrinas de la legítima defensa preventiva, en ausencia de un ataque armado o manifiestamente inminente carecen de fundamento en derecho internacional” (traducción libre) Institut de Droit International”, Session de Santiago, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international, Actions humanitaires*, 2007 (disponible en http://www.idi-iii.org/app/uploads/2017/06/2007_san_03_fr.pdf; fecha de consulta: 12.03.2018). Ver CORTEN, O., “Les résolutions de l’Institut de Droit International sur la légitime défense et sur les actions humanitaires”, *Revue belge de droit International*, n.º 2, 2007 (disponible en https://dipot.ulb.ac.be/dspace/bitstream/2013/108441/1/OC.RBDI2007-2-10_2_.pdf; fecha de consulta: 12.03.2018).

68 Por todos, CRISTAKIS, T., “Vers une reconnaissance de la notion de guerre préventive”, en BANNLIER y otros, *L’intervention en Irak et le droit international*, cit., p. 11.

Estados frente a amenazas contra la paz y la seguridad internacional, estos “necesitan la legitimidad que solo pueden otorgar las Naciones Unidas”⁶⁹. La nueva situación lleva a que sean objeto de debate puntos como si la legítima defensa puede ser aplicable a casos donde la agresión no proviene de un Estado, o de un Estado que no sea miembro de Naciones Unidas, como ocurre en los supuestos de terrorismo internacional.

De acuerdo con Gamarra⁷⁰, la legítima defensa debe requerir la concurrencia de cinco requisitos: amenaza cierta e inmediata, no potencial o futura; presentar la magnitud de un ataque armado; el uso de la fuerza ha de constituir el último recurso; el uso de la fuerza ha de ser proporcional al ataque que se pretende evitar y, finalmente ha de ser necesaria.

Pero, aunque se aceptara, tanto en lo referido a la guerra de Afganistán como en la de Irak, la existencia de un ataque y la inminencia del mismo, lo que entiendo que es mucho aceptar, la respuesta debe ajustarse al principio de proporcionalidad y a la ausencia de otras alternativas. Estos principios que son claros y están admitidos en Derecho penal, entiendo que deberían estar presentes en el Derecho internacional si es que se pretende tratar este problema como de legítima defensa. El exceso en la respuesta, no hace que pase a ser lícito el ataque que la ocasiona, que continúa siendo un comportamiento ilícito, sino que hace que también sea ilícita la respuesta que se presenta como defensa.

La regulación del *ius ad bellum* tiene siempre como cuestión pendiente la depuración de posibles responsabilidades individuales por el desencadenamiento de un conflicto bélico a través de un acto de agresión. Lo que llevaría a la consideración como delito internacional del denominado “crimen de agresión”. Con independencia de otros antecedentes⁷¹, en este punto es clave el Estatuto de Roma de 1998, que entre los delitos para

los que establece la competencia del Tribunal Internacional incluye, aunque de forma aplazada, al crimen de agresión.

El Estatuto dejaba pendientes dos cuestiones para que el Tribunal Internacional pudiese entender de este delito: la definición del mismo y resolver las condiciones para ejercer su competencia, especialmente coordinarla con la competencia del Consejo de Seguridad. Tras complejas y largas discusiones la Conferencia de Kampala de 2010⁷², enmienda el Estatuto⁷³ y abre la puerta para hacer efectiva esa competencia, al incorporar su tipificación en el art. 8bis que establece:

“1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por ‘acto de agresión’ se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

69 Puede verse CONDORELLI, L., “Vers une reconnaissance d’un droit d’ingérence a l’encontre des ‘Etats voyous’”, en BANN-LIER, *L’intervention en Irak et le droit international*, cit., pp. 55 y ss., en la que reproduce y analiza una intervención de Kofi Annan.

70 GAMARRA CHOPO, Y., “Dimensiones del pluralismo religioso. La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada”, en *Cidob d’Afers Internacionals*, 77, 2007, p. 235.

71 Sobre los antecedentes de la respuesta frente al crimen de agresión por todos, véase OROZCO TORRES, L. E., “La criminalización de las guerras de agresión”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 3, 2011, pp. 223 y ss.

72 Sobre la Conferencia de Kampala y los debates que tuvieron lugar en la misma, puede consultarse, QUESADA ALCALÁ, C., “El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global”, *Cuadernos de estrategia*, nº 160, 2013, pp. 80 y ss., también AMBOS, K., *El crimen de agresión después de Kampala*, Madrid, Dykinson, 2012, en el que, además de analizar el tipo penal acordado, pp. 35 y ss., reproduce en anexo, pp. 77 y ss., toda la serie de documentos que precedieron a la conferencia de Kampala y que sirvieron para fundamentar sus acuerdos.

73 España ratifica las Enmiendas al Estatuto de Roma, hechas en Kampala, el 10 y 11 de junio de 2010, por la Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, BOE de 18 de septiembre de 2014. *Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010*, Boletín Oficial del Estado, 2010 (disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-9481; fecha de consulta: 20.02.2018).

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”⁷⁴.

Respecto al ejercicio de la competencia por el Tribunal penal Internacional, en el nuevo art. 15bis se busca una coordinación con la actuación del Consejo de Seguridad⁷⁵ y, por otro lado, se condiciona a la aceptación expresa por parte de los Estados firmantes, de la competencia de la Corte respecto a estos delitos. Las conductas tipificadas en el art. 8bis presentan rasgos que le diferencian claramente de los otros delitos internacionales, recogidos en el Estatuto, como ya ha puesto de relieve la doctrina⁷⁶, estamos ante un delito vinculado al *ius ad bellum* no al *ius in bellum*, es decir a los actos que desencadenan un conflicto bélico, no a los que se realizan durante el mismo. En coherencia con ellos solo puede cometer este delito quien esté “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o

militar de un Estado”, es decir es un delito de los poderosos, es la “criminalidad de cuello blanco” del derecho penal internacional⁷⁷.

La tipificación del art. 8bis deja abiertas otras interrogantes. En especial dos, ya abordadas por la doctrina, en primer lugar si la lista de comportamientos que contiene el art. 8bis es una lista cerrada y si el crimen de agresión está reservado a un ataque que llevan a cabo los Estados, por lo que, de *lege data*, quedarían excluidos actos de agresión vinculados a las manifestaciones más graves de la criminalidad organizada. Son convincentes las razones aducidas por quienes defienden que no están excluidas estas agresiones aunque no sean llevadas a cabo por Estados⁷⁸.

Por otro lado, también puede entenderse que el listado de actos de agresión enumerados del art. 8bis p. 2, no es un listado cerrado, pues la relación de comportamientos tiene carácter de ejemplo, ya que la definición del crimen de agresión es la efectuada en el 8bis p. 1⁷⁹. Además genera problemas al reproducir el listado de conductas que en su día aprobó la resolución de la Asamblea General, pues este no fue elaborado como un listado de conductas a incorporar a la legislación penal⁸⁰.

El Estatuto, después de Kampala, exige una cierta gravedad en la agresión, al exigir, en el art. 8 bis 1, que esta, “*por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.*” Texto que incorpora la denominada “cláusula umbral”⁸¹, con un contenido cuantitativo, respecto a la importancia de la agresión y cualitativo en

74 CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Estatuto de Roma*, 2002 (disponible em <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-esp.pdf>; fecha de consulta: 20.01.2018), pp. 7-8.

75 El art. 15bis en sus apartados 6 y 7 establece: “6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. 7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión”. CORTE PENAL INTERNACIONAL, *idem*.

76 DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al crimen internacional de agresión”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 35, n.º 99, 2014, pp. 24 y ss.

77 El art. 25.3bis., establece: “Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”. CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Estatuto de Roma*, cit.

78 En este sentido DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al crimen internacional de agresión”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 27.

79 Posición sostenida entre otros por DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al crimen internacional de agresión”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, cit., pp. 27 y ss. En contra por todos, AMBOS, K., *El crimen de agresión después de Kampala*, cit., p. 44.

80 En este sentido es clara y contundente la argumentación de AMBOS, K., *El crimen de agresión después de Kampala*, cit., p. 44, al subrayar el carácter dual del crimen de agresión, como acto del Estado, que era lo que contemplaba la resolución de la Asamblea General, o, como acto de persona física que es lo que se pretende recoger en Kampala.

81 Sobre la “cláusula umbral” y la problemática que plantea ver AMBOS, K., *El crimen de agresión después de Kampala*, *idem*, pp. 39 y ss. DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al crimen internacional de agresión”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, cit., pp. 31 y ss.

cuanto se oponga de forma manifiesta al contenido de la Carta de Naciones Unidas. Lo que permite excluir de su consideración como crimen de agresión a un enfrentamiento de escasa relevancia, lo que no hace sino recoger la línea de pensamiento que ya había puesto de relieve la Corte de la Haya para el contenido de la legítima defensa⁸². En coherencia con este criterio puede vincularse la entidad de la gravedad requerida para el crimen de agresión con aquella que puede dar base a una situación de legítima defensa del Estado agredido.

Por otro lado, queda abierto, al menos al debate académico, la proyección del crimen de agresión sobre los conflictos bélicos y enfrentamientos descritos en las primeras páginas de este estudio. Aunque, de modo realista, entiendo que, en el momento actual, en este y en cualquier otro enfrentamiento sigue rigiendo en la práctica la justicia de los vencedores. Es difícil pensar mientras no se potencie a la ONU para hacer valer sus decisiones y no tenga una efectiva competencia universal el Tribunal Penal Internacional, lo que hoy es utópico.

V. LA RESPUESTA DEL DERECHO PENAL FRENTE AL TERRORISMO GLOBAL. LA POLÍTICA CRIMINAL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. LOS AUTORES DE LOS ATENTADOS: ¿TERRORISTAS O SOLDADOS?

La acción de los Estados frente a los autores de los atentados hace preciso abordar varias cuestiones. En primer lugar, tener presente que el terrorismo global ha generado, directa o indirectamente, reformas en el ordenamiento penal que han supuesto, con carácter general, un endurecimiento del mismo. Estas modificaciones en bastantes casos son fundamentadas, al menos por el legislador español, en la necesidad de cumplir obligaciones derivadas de instrumentos jurídicos de carácter internacional suscritos por nuestro país.

Con independencia de que pueden ser objeto de un análisis de mayor amplitud, nos limitaremos a una bre-

ve referencia a las disposiciones de este contenido de la ONU y de la Unión Europea. En segundo lugar, se abordará el contenido real de la respuesta penal, en la consideración de los autores de los atentados como terroristas o como soldados, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

Finalmente, subrayar que en este estudio no se entrará a analizar el *ius in bellum* y sus consecuencias en las guerras de Afganistán, Irak y en la actualidad contra el Estado Islámico o en los enfrentamientos de Siria, que considero conflictos armados, y que, por tanto, se proyecta sobre ellos el derecho internacional humanitario y sus consecuencias jurídicas, posibles crímenes de guerra y de lesa humanidad⁸³. De igual manera, tampoco se entrará en cuestiones a ellos directamente vinculadas como las eliminaciones de líderes terroristas realizadas con drones lejos de las zonas de enfrentamientos o llevadas a cabo por fuerzas especiales⁸⁴. Tampoco se entrará en las actuaciones con prisioneros de guerra y en la repudiable situación de centros como Guantánamo, que entran en colisión con todos los principios que dicen defender los Estados que emprendieron las guerras de Afganistán e Irak.

Es difícil encontrar una parte de la legislación penal española que haya sido objeto de más cambios que los tipos referidos al terrorismo. Ciertamente, durante décadas, fueron distintas las figuras delictivas y distintas las formulaciones de las mismas referidas en especial al terrorismo de ETA, es decir al terrorismo nacional. El denominador común siempre fue la gravedad de la respuesta y la expansión punitiva, con dificultades a veces para ser compatible con los principios constitucionales. El fin de los atentados de ETA coincide temporalmente con la consolidación del terrorismo internacional, lo que hace que la materia continúe siendo en nuestro país una prioridad político criminal, ahora en el marco de las Directivas de la Unión Europea, que a su vez responden a la estrategia que en este campo mantiene Naciones Unidas⁸⁵.

82 Véase CORTEN, O., *Le droit contre la guerre*, cit., pp. 715 y ss.

83 Con independencia de que en un futuro trabajo aborde estas cuestiones me remito aquí al análisis y conclusiones que lleva a cabo PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, cit., pp. 37 y ss., en las que entre otras cosas subraya toda la problemática vinculada a la ausencia de una definición internacionalmente aceptada de terrorismo.

84 Sobre esta problemática véase SILVA SÁNCHEZ, J.: "Asesinatos selectivos en la «guerra punitiva» contra el terrorismo", en *In-Dret*, enero 2017, pp. 1 y ss. Sobre el estudio de la misma desde el Derecho internacional tienen alto interés GÓMEZ ISA, F., "Los ataques armados con drones en Derecho internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67/1, 2015, pp. 61 y ss., y GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., "Sistemas de armas automáticas, drones y Derecho internacional" en *Revista española de Estudios estratégicos*, nº 2/2013, pp. 27 y ss.

85 Ver el amplio, documentado y crítico análisis que de la labor de Naciones Unidas y de las instituciones europeas, lleva a cabo PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, cit., pp. 56 y ss.

El punto de partida es claro, cualquier política criminal que pretenda afrontar comportamientos delictivos de carácter internacional, como es el caso del terrorismo, para ser potencialmente plenamente eficaz, tiene que partir de que internacionalmente se asuma una misma definición de terrorismo. De igual manera debería tener claro que las medidas propuestas deben pasar por el filtro de los principios básicos de nuestro modelo de Estado, esto es de la dignidad del hombre y sus derechos, lo contrario, priorizar una pretendida y falsa seguridad, asentada sobre el endurecimiento de la respuesta penal, la limitación de las garantías, supone una utilización simbólica del Derecho penal, que a medio plazo, como la historia reiteradamente demuestra, siempre posee un efecto boomerang contra quien recurre a esta vía.

Por otro lado, el examen de la realidad actual pone de relieve como las respuestas internacionales están condicionadas por la ausencia de un concepto, aceptado por todos, de las conductas que deben ser consideradas como de terrorismo y como estas respuestas en la práctica tienen un carácter regional, pues no logran alcanzar el ámbito global que supondría la aceptación de una definición de terrorismo en el marco de un tratado de la ONU. La causa radica en el ya apuntado, distinto posicionamiento de los Estados, respecto a la valoración del componente político del terrorismo.

Sobre este punto de partida y tomando como base un Informe del Secretario General⁸⁶, la Asamblea General adoptó, el 8 de septiembre de 2006, la resolución

60/288 que recoge una “Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo”⁸⁷, que reposa sobre cuatro pilares: 1) medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo; 2) medidas para prevenir y combatir el terrorismo; 3) medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él, y a fortalecer el papel del sistema de la ONU a ese respecto; 4) medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo.

El siguiente paso de la ONU para consolidar un sistema de lucha contra el terrorismo ha sido la elaboración por la Secretaría General de un Plan de Acción para prevenir el Extremismo Violento⁸⁸, la resolución 70/291, de 1 de julio de 2016, de seguimiento de la aplicación de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el terrorismo⁸⁹, en cuyo desarrollo el nuevo Secretario General elabora un importante Informe sobre “Capacidad del sistema de las Naciones Unidas de ayudar a los Estados Miembros en la aplicación de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el terrorismo”⁹⁰. En aplicación de este Informe la Asamblea General por resolución 71/291 de 15 de junio de 2017⁹¹, crea una Oficina de Lucha contra el terrorismo, por entender que “se debe dar la prioridad oportuna a la lucha contra el terrorismo dentro del sistema de las Naciones Unidas”, en la que se integra el Centro de Naciones Unidas de Lucha contra el terrorismo⁹².

86 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Secretario General, Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo*, 2006 (disponible en www.un.org/spanish/unitingagainstterrorism/report_toc.html; fecha de consulta: 26/01/2018).

87 Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2006 (A/RES/60/88), 2006 (disponible en <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/ares60288>; fecha de consulta: 26.01.2018). Esta resolución es completada por la 62/272, de 5 de septiembre de 2008, por la 64/235, de 24 de diciembre de 2009, y por la 64/297 de 8 de septiembre de 2010.

88 El texto completo del plan puede consultarse en ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Plan de Acción para Prevenir el Extremismo Violento*, 2015 (disponible en <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/plan-action-prevent-violent-extremism>, fecha de consulta: 26.01.2018).

89 El texto puede verse en ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 15 de junio de 2017, Refuerzo de la capacidad del sistema de las Naciones Unidas de ayudar a los Estados Miembros en la aplicación de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo*, 2017 (disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/71/291>, fecha de consulta: 26.01.2018).

90 El texto del Informe A/71/858 en ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Capacidad del sistema de las Naciones Unidas de ayudar a los Estados Miembros en la aplicación de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo*, Informe del Secretario General, 2017 (disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/858>, fecha de consulta: 26.01.2018).

91 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 15 de junio de 2017*, cit.

92 El Centro fue creado por la resolución 66/10 de 18 de noviembre de 2011, e inicialmente financiado por Arabia Saudita. Su estructura y actividades puede verse en ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (disponible en <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/uncct>; fecha de consulta: 26.01.2018).

Paralelamente, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito elabora una serie de informes que establecen propuestas para una política criminal que tenga presentes los rasgos de la actual realidad del terrorismo global⁹³, que se fundan en poner el acento en la gravedad de la violencia, prescindiendo de la finalidad política, ampliar la respuesta penal, con la incorporación de figuras delictivas que tengan presentes la responsabilidad de directivos de la organización⁹⁴, actuar preventivamente en momentos anteriores al atentado terrorista como forma de evitar los atentados suicidas; control e incorporación del Derecho penal frente a comportamiento en que se utiliza internet para reclutamiento, favorecimiento de la radicalización así como la necesidad de adoptar medidas frente a la financiación⁹⁵.

En esta misma línea, dentro de las abundantes resoluciones del Consejo de Seguridad referidas a los enfrentamientos con el ISIS, la Resolución 2170 de 2014, en la que además de adoptar acuerdos sobre combatientes extranjeros, financiación de terrorismo y sanciones a adoptar, refleja en sus consideraciones iniciales la confusión entre terrorismo, derecho humanitario, afirma la necesidad de actuar preventivamente etc.⁹⁶.

En síntesis, la ONU busca diseñar una política criminal común de los Estados miembros, que no se limita al recurso al Derecho penal. Siempre sus decisiones en la práctica están condicionadas por el distinto peso que los distintos Estados tienen dentro de ella y por la ausencia de una definición aceptada por todos. Por el contrario, en la Unión Europea, la existencia de bases políticas comunes de los Estados miembros ha posibilitado generar un importante cuerpo normativo respecto al terrorismo, culminado por la *Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 5 de marzo de 2017⁹⁷, que por otra parte, en algunos casos puede entenderse que va más allá de las recomendaciones de Naciones Unidas⁹⁸ y que debe situarse en el marco diseñado por el Tratado de Lisboa, que en su art. 222 contiene una cláusula de solidaridad, que materializa una política común en la lucha contra el terrorismo⁹⁹.

Además del contenido de la reciente Directiva, la política de la UE frente al terrorismo, pasa por el desarrollo de la Posición común 2001/931, que establece los criterios para elaborar una lista de personas y entidades, de países no miembros de la UE, frente a las que se adoptan medidas de congelación de sus activos

93 MENDOZA CALDERÓN, S., "La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas", *Revista Penal*, nº 41, 2018, pp. 138 y ss. Analiza acertadamente los rasgos, que apuntamos en texto, sobre la política criminal frente al terrorismo que propone esta oficina de la ONU.

94 Para su responsabilidad como autores es de aplicación la tesis sobre la autoría elaborada por ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general*, tomo II, Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2014, trad. y 1ª ed. por Luzón y otros, pp. 111 y ss.

95 Recientemente se ha publicado una excelente monografía sobre este tema, FERRÉ OLIVÉ, J. C., PÉREZ CEPEDA, A., (Directores), *Financiación del terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

96 Aquí nos limitaremos a reproducir tres de sus más significativas afirmaciones iniciales, "Reafirmando que el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales y que todo acto de terrorismo es criminal e injustificable, sea cual sea su motivación y dondequiera y por quienquiera que sea cometido", (...) Reafirmando que los Estados Miembros deben cerciorarse de que cualquier medida adoptada para combatir el terrorismo, incluso al aplicar la presente resolución, cumpla con todas sus obligaciones en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho internacional humanitario, recalcando que las medidas eficaces contra el terrorismo y el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el estado de derecho se complementan y refuerzan mutuamente y son esenciales para el éxito de la lucha contra el terrorismo, y señala la importancia de respetar el estado de derecho a fin de prevenir y combatir eficazmente el terrorismo, Reafirmando que los autores y otros responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario o las violaciones o abusos contra los derechos humanos que se han cometido en el Iraq y Siria, incluida la persecución de personas a causa de su religión o sus creencias, o por motivos políticos, deben rendir cuentas de sus actos (...)". Texto completo en ORGANIZACIÓN DE LA NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *Resolución 2170 (2014) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7242ª sesión, celebrada el 15 de agosto de 2014*, 2014 (disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2170%282014%29>; fecha de consulta: 26.03.2018).

97 Sobre la historia de la política criminal frente al terrorismo en general y al islamista en particular puede consultarse MORAN, *La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia*, cit., pp. 261 y ss. El texto de la Directiva de 2017 puede consultarse en PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO EUROPEO, *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo*, 2017 (disponible en <http://www.boe.es/doue/2017/088/L00006-00021.pdf>, fecha de consulta: 26.03.2018), por ella se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

98 Sobre esta problemática puede consultarse, JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Las sanciones internacionales en el marco europeo, protección diplomática subsidiaria, contramedidas colectivas y el estado de derecho: reflexiones en torno al asunto Bank Melli Irán y el derecho de defensa, en *Revista general de Derecho Europeo*, nº 29, 2013.

99 Ver con amplitud sobre este punto MENDOZA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea*, cit., en especial, pp. 148 y ss.

y capitales, pues se entiende con razón que es clave abordar la financiación del terrorismo. La última lista actualizada es de enero de 2017¹⁰⁰, esta lista se completa con una segunda, que data de junio de 2009 y que comprende personas y entidades de países miembros de la UE frente a las que se intensifica la cooperación policial judicial¹⁰¹. Por otro lado, la UE ha elaborado una lista de terceros países con deficiencias en su sistema financiero que puede favorecer el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo¹⁰² y, además, está en marcha el procedimiento para reformar y tornar más eficaz, la Directiva relativa al blanqueo de capitales y financiación del terrorismo¹⁰³.

Una segunda línea de actuación de la UE se centra en las medidas frente a los combatientes extranjeros que culminan su radicalización integrándose en ISIS en la zona de enfrentamiento bélico en Siria e Irak y que regresan más tarde a sus países de origen¹⁰⁴.

Pero, en el momento actual la pieza clave para este estudio es la mencionada Directiva 2017/541 de 5 de marzo, en ella la UE establece todo un programa político

criminal para afrontar la lucha contra el terrorismo global, desarrollando 43 considerandos, en el que se recoge la necesidad, dado el carácter transfronterizo del terrorismo, de una colaboración eficaz entre los Estados miembros que requiere, como punto de partida, tener una igual consideración de los delitos que pueden calificarse como de terrorismo y la necesidad de que el Derecho penal tenga también una respuesta diferenciada frente a los delitos relacionados con actividades terroristas y que alcance a comportamientos que supongan participación o preparación de delitos de terrorismo¹⁰⁵. La Directiva, de acuerdo con su primer artículo, “establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de los delitos de terrorismo, los delitos relacionados con un grupo terrorista y los delitos relacionados con actividades terroristas, así como medidas de protección, apoyo y asistencia a las víctimas del terrorismo”. Por otro lado, importa subrayar que el contenido de la Directiva debe ser incorporado por los Estados miembros a sus respectivos ordenamientos antes del 8 de septiembre de 2018.

100 La lista contiene los nombres de 13 personas y 22 grupos y entidades, todos ellos de países que no son miembros de la Unión Europea. La última actualización aparece en Decisión (PESC) 2017/154 del Consejo de 27 de enero de 2017, manteniéndose en la lista, en algún caso de modo discutible, a algunas organizaciones palestinas, ver CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Decisión (PESC) 2017/154 del Consejo de 27 de enero de 2017 por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2016/1136*, 2017 (disponible <https://www.boe.es/doue/2017/023/L00021-00024.pdf>, fecha de consulta 4.09.2017)

101 En este caso la lista de personas físicas de la UE está prácticamente monopolizada por integrantes de ETA, ver www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism, consulta 4.09.2017.

102 La lista, en cuya elaboración fue clave la aportación de GAFI, comprende Afganistán, Bosnia y Herzegovina, Guayana, Irak, Laos, Siria, Uganda, Vanuatu, Yemen y la República Popular de Corea, con posterioridad se excluye a Guayana y se incluye a Etiopía vid COMISIÓN EUROPEA, *Reglamento Delegado (UE)... de la Comisión de 14.7.2016 por el que se completa la Directiva 2015/849 identificando los terceros países de alto riesgo con deficiencias estratégicas*, 2016 (disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/ES/3-2016-4180-ES-F1-1.PDF>, fecha de consulta 04.09.2017)

103 El 8 de junio de 2017 el Consejo adoptó una posición común sobre el contenido de la propuesta de Directiva encaminada a abordar el blanqueo de capitales, vid en www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-.../fight-against-terrorist-financing, consulta 4/09/2017

104 Puede consultarse el contenido del documento elaborado en el seno de la Secretaría del Consejo Europeo sobre “Líneas generales de la estrategia antiterrorista para Siria e Irak, con particular atención a los combatientes extranjeros”, en www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/foreign-fighters, consulta 4.09.2017

105 Sirva de muestra de las bases del articulado de la Directiva el contenido de los considerandos 6 y 8. (6) Teniendo en cuenta la evolución de las amenazas terroristas para la Unión y los Estados miembros y las obligaciones jurídicas que les incumben en virtud del Derecho internacional, procede aproximar en mayor medida en todos los Estados miembros la definición de delitos de terrorismo, de delitos relacionados con un grupo terrorista y de delitos relacionados con actividades terroristas, de modo que abarque de forma más exhaustiva las conductas asociadas, en particular, a los combatientes terroristas extranjeros y a la financiación del terrorismo. Este tipo de conductas deben ser igualmente punibles si se cometen a través de internet, incluidas las redes sociales; (...) 8) En la presente Directiva se enumeran con carácter exhaustivo una serie de delitos graves, como los atentados contra la vida de las personas, en tanto actos intencionados que pueden calificarse de delitos de terrorismo cuando y en la medida en que se cometan con un fin terrorista específico, a saber: intimidar gravemente a la población, presionar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional para que lleve a cabo o se abstenga de llevar a cabo cualquier acto, o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional. También se debe considerar delito de terrorismo la amenaza de cometer esos actos intencionados cuando quede establecido, sobre la base de circunstancias objetivas, que tal amenaza se produjo con cualquiera de esos fines terroristas. Por el contrario, aquellos actos destinados, por ejemplo, a obligar a los poderes públicos a realizar o abstenerse de realizar un acto que, sin embargo, no esté incluido en la lista exhaustiva de delitos graves, no deben considerarse delitos de terrorismo con arreglo a la presente Directiva.

La Directiva diseña una política criminal asentada sobre una utilización expansiva del derecho penal, tanto en la consideración de los delitos susceptibles de ser calificados como terrorismo, como frente a los delitos que se establecen como relacionados con actividades es terroristas. Tanto en un caso como en otro el listado de delitos es significativamente amplio¹⁰⁶. Es importante subrayar los riesgos de esta política de ampliación de la intervención del Derecho penal, al adelantar el recurso al mismo lo que puede llevar, de hecho, lleva a introducir un grado de inseguridad que implique calificar como terrorismo a conductas que no tienen esta condición¹⁰⁷.

En el art. 3 establece los delitos de terrorismo, que requieren la concurrencia de determinados componentes objetivos y subjetivos. En el ámbito objetivo precisa, junto a la realización de alguno de los delitos graves que enumera, un total de nueve, y la amenaza de llevarlos a cabo, que se trate de delitos que “por su naturaleza o contexto pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional”¹⁰⁸. En el

plano subjetivo la Directiva, en el art. 3.2, enumera tres finalidades: “a) Intimidar gravemente a la población; b) Obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; c) Desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional”¹⁰⁹.

Por tanto, el punto de partida sobre los delitos que objetivamente son considerados como de terrorismo, es expansivo y también lo es, en las finalidades, ya que, manteniendo la de aterrorizar, no precisa que junto a ella concorra una finalidad política, y cuando incorpora finalidades de contenido político, la de incidencia sobre las decisiones de los poderes públicos y la de pretender hacerlo sobre las estructuras políticas de un país u organización internacional, no requiere, que intimiden a la población, es decir, se consideran terrorismo aunque no causen terror. Con lo que añade a las acciones que pueden generar terror, otras, graves pero que no lo generan¹¹⁰.

106 Baste con la enumeración, de los delitos contenido en el Título III de la Directiva “Delitos relacionados con actividades terroristas”, art. 5 “Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo”; art. 6 “Captación para el terrorismo”; art. 7 “Adiestramiento para el terrorismo”; art. 8 “Recepción de adiestramiento para el terrorismo”; art. 9 “Viaje con fines terroristas”; art. 10 “Organización o facilitación de viajes con fines terroristas”; art. 11 “Financiación del terrorismo”; art. 12 “Otros delitos relacionados con actividades terroristas”, donde establece que se incluyan en estos delitos, el robo, la extorsión o la falsedad documental, cuando se lleven a cabo con la finalidad de cometer alguno de los delitos recogidos en el art. 3, los delitos de terrorismo. PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO EUROPEO, *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo*, 2017 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L0541&from=ES>; fecha de consulta: 26.03.2018).

107 Para confirmar esta valoración basta con la lectura de varios de los trabajos contenidos en el libro de PÉREZ CEPEDA, A., PORTILLA CONTRERAS, G., *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, cit, en concreto los de Pérez Cepeda, García Rivas, Mira Benavent y Paredes Castañón.

108 En concreto el art. 3. 1 enumera los siguientes delitos: a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, 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) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (19), en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 3 o apartado 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su artículo 5, en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c); j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i). PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO EUROPEO, *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo (...)*, cit.

109 *Idem*.

110 Esta política de prescindir de un elemento de la conducta a la hora de establecer sus consecuencias penales, guarda un cierto paralelismo con la evolución que en el siglo XIX se lleva a cabo con la incorporación a los tratados de extradición, como excepción a la no extradición del autor de un delito político, de la denominada “cláusula belga de atentado”, por ella no se consideraban delito político el atentado contra un Jefe de Estado o su familia. Recibe este nombre por haber sido incorporado por vez primera en 1856 en la legislación belga, al descubrirse un plan para atacar contra Napoleón III. En estos casos, se prescindía de la finalidad buscada por el autor lo determinante era la gravedad objetiva de la conducta, no el que lo llevara a cabo por una finalidad política.

Por otro lado, la Directiva establece de forma taxativa para los países miembros la obligación de incorporar a sus legislaciones la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en su art. 17¹¹¹ y las penas a imponer en el art. 18¹¹². Con carácter general, estas propuestas expansivas del Derecho penal, como ha puesto de relieve un importante sector de la doctrina penal española, han hecho, en palabras de Pérez Cepeda,

“que se haya adoptado un modelo de emergencia basado en el tratamiento del terrorista como un enemigo a batir y que en la política criminal internacional y europea no importe nada que la eficacia de la represión pueda conllevar la pérdida de validez del pacto por los derechos humanos y las libertades”¹¹³.

La expansión de esta política criminal de la seguridad, por ejemplo, tiene costes evidentes sobre la libertad de expresión y que se reflejan en la criminalización de conductas que poco tienen que ver con el terrorismo, o que tienen que ver, como la radicalización, pero que las políticas preventivas frente a ellas no pasan necesariamente por su criminalización. Son los riesgos de la aplicación generalizada del principio de no hay libertad para los enemigos de la libertad. Estos riesgos, que se presentan, por quienes adoptan las medidas que conducen a ellos, como riesgos a padecer por los otros, acaban siendo y la historia es rica en ejemplos, riesgos para toda la sociedad¹¹⁴.

En este marco expansivo hay que situar a la actual legislación española, que también aquí continúa teniendo el valor simbólico que presentaba en otras épocas¹¹⁵, y que en más de una figura delictiva va más allá de las obligaciones que se derivan de la pertenencia de nuestro país a organismo internacionales¹¹⁶. Este marco jurídico internacional parece resolver la cuestión de la consideración de los autores o partícipes en los atentados como combatientes o como terroristas, en el sentido de su consideración como terroristas, pero el examen de la realidad no deja las cosas tan claras.

Con carácter general, los Estados europeos en los que se han producido atentados del terrorismo yihadista mantienen respecto a los autores de los mismos una doble consideración difícilmente aceptable. Por un lado, llevan a cabo una política de “neutralización”, esto es de eliminación física mediante ejecuciones extrajudiciales. Esta política se proyecta sobre dos tipos de objetivos, por una parte, sobre los que han intervenido en los atentados, baste recordar acudiendo a un ejemplo de nuestro país, la “neutralización” de los responsables del atentado del pasado agosto en Barcelona, por otro, sobre los nacionales que, integrados en ISIS, están interviniendo en los conflictos bélicos de Irak y Siria. La justificación en ambos casos es clara: estamos en guerra contra el terrorismo y al enemigo en un conflicto armado se le elimina¹¹⁷. Por tanto, en este momento, a los autores de los atentados se les trata

111 El art. 17 desarrolla, respecto a las personas jurídicas, el considerando 18, que taxativamente establece: “Deben establecerse sanciones penales para las personas físicas y jurídicas que sean responsables de tales delitos, acordes con su gravedad”. PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO EUROPEO, *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo (...)*, cit.

112 Art. 18, Sanciones a las personas jurídicas. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que toda persona jurídica que sea declarada responsable en virtud del artículo 17 sea castigada con sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, entre las que se incluirán las multas de carácter penal o no penal y entre las que se podrán incluir otras sanciones como las indicadas a continuación: a) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas; b) prohibición temporal o definitiva del ejercicio de actividades comerciales; c) intervención judicial; d) disolución judicial de la persona jurídica; e) cierre temporal o definitivo de los establecimientos que se hayan utilizado para la comisión del delito. *Idem*.

113 PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista*, cit., p. 36

114 No puede dejar de recordarse aquí el conocido poema del pastor Martin Niemöler: “Primero vinieron a buscar a los comunistas y no dije nada porque yo no era comunista. Luego vinieron por los judíos y no dije nada porque yo no era judío. Luego vinieron por los sindicalistas y no dije nada porque yo no era sindicalista. Luego vinieron por los católicos y no dije nada porque yo era protestante. Luego vinieron por mí pero, para entonces, ya no quedaba nadie que dijera nada”.

115 Sobre el carácter simbólico de la legislación antiterrorista ya me pronuncié hace tiempo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Sobre la función simbólica de la legislación antiterrorista española”, *Pena y Estado*, 1991, p. 91, al subrayar que su contenido exteriorizaba, “una rechazable huida al derecho penal concebido no como ultima ratio sino como única ratio”.

116 Me remito aquí al exhaustivo análisis que lleva a cabo mi discípula PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista* cit., en el capítulo III, p. 275, que significativamente titula: “La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista del Código penal español”.

117 En un muy interesante artículo, YARNOZ, C., “Estrategia de aniquilación”, Suplemento En Portada, *El País*, 11 de marzo 2018, subraya esta política que “erosiona en Europa el más elemental de esos derechos, el de la vida, ante la indiferencia —cuando no el aplauso— de las opiniones públicas”. En el mismo artículo recoge como el Reino Unido admite haber elaborado una lista con 200 objetivos, que son nacionales incorporados al ISIS y Francia reconoce haber “neutralizado” a 40 yihadistas.

como combatientes, como soldados enemigos en una guerra que se desarrolla con rasgos que hasta ahora no se habían dado.

En este marco, aunque no se aborde aquí su estudio, hay que situar también las políticas de eliminación frente a los combatientes que integrados en ISIS están tomando parte activa en las guerras de Oriente Medio y las medidas que se adoptan frente a los que retornan a sus países de origen, que, aunque no sean sólo penales, pueden integrarse dentro del conocido como “derecho penal del enemigo”.

Las ejecuciones extrajudiciales de un terrorista generan directamente responsabilidad penal, salvo que la muerte se produjera en una situación de legítima defensa, que requiere como ya se ha subrayado, una agresión ilegítima que no haya concluido y que en la respuesta a la misma concorra una necesidad racional en el medio empleado en la defensa. Respecto a la resistencia a la detención siempre estará presente el principio de proporcionalidad, cuyo quebrantamiento puede llevar a que la actuación del que en principio actúa en cumplimiento de un deber, es decir conforme a derecho, pase a hacerlo antijurídicamente. Reglas vinculadas a un Derecho penal que reposa sobre los Derechos del Hombre y que en determinadas situaciones nuestras sociedades parecen haber olvidado.

Ahora bien, cuando se detiene a un yihadista, autor o participe en un atentado, el trato que se le da no es el de un prisionero de guerra, sino el de un terrorista. Es decir, hasta el momento de su detención, ha sido un soldado al que se ha pretendido neutralizar, pero a partir de este momento, pierde esa condición y pasa a la de delincuente, no es un prisionero de guerra, si se siguiera la lógica anterior, que no comparto, sino un delincuente, por convicción, pero delincuente, al que

como autor de delitos de gran gravedad se le van a aplicar las penas más severas del Código penal¹¹⁸.

La consideración de delincuente no es cuestionable sea cual fuere su condición, combatiente o terrorista. Pero si cabe preguntarse sobre la naturaleza del delito cometido, si los atentados, que se han llevado a cabo en distintos lugares del mundo, son crímenes de lesa humanidad, con lo que serían delitos internacionales en sentido estricto, en razón de los bienes jurídicos que tutelan, o son delitos de terrorismo, en muchos casos, ciertamente, de carácter transnacional.

El Estatuto de Roma, al tipificar en su art. 7 los crímenes de lesa humanidad y otorgar por tanto su competencia al Tribunal Penal Internacional, junto a la lista de delitos concretos¹¹⁹, establece como rasgos en su párrafo inicial, el que “se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”¹²⁰. El propio art. 7 en el apartado a) de su párrafo 2 define el contenido del ataque a una población civil, al establecer que: “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 una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”¹²¹. Entre los que, en primer lugar, se encuentra el asesinato. También, es importante subrayar que, de acuerdo con esta definición, el ataque contra la población civil no es necesario que sea llevado a cabo por un Estado, el Estatuto se refiere a también a “organización “. Es decir, los delitos cometidos por ISIS concurren todos los requisitos que caracterizan a un delito como crimen contra la humanidad: constituyen atentados sistemáticos contra la población civil de Estados que ISIS ahora y antes Al Qaeda considera como enemigos, concurre en ellos una elevada grave-

118 El Código penal español en lo referido al terrorismo sigue una política criminal caracterizada por la agravación como rasgo principal, tanto por la expansión del contenido que se da al terrorismo, como por la gravedad de las penas que contempla baste con la lectura del art. 573 bis.

119 Art. 7 Crímenes de lesa humanidad. 1) A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio;

c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de “apartheid”; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Estatuto de Roma*, cit.

120 *Idem*.

121 *Idem*.

dad y forman parte de una política sistemática contra la población civil. El que estos delitos de terrorismo, no necesariamente todos los delitos de terrorismo¹²², puedan ser considerado como crímenes de lesa humanidad trae consigo como consecuencia no solo de gravedad de las penas¹²³ y la no prescripción de los delitos, sino también la posibilidad de que sean objeto de la jurisdicción internacional.¹²⁴

La consideración como graves delitos de terrorismo, supone también, como ya se ha señalado, penas de gran entidad¹²⁵, y al tener este terrorismo en muchos de sus casos la característica de transnacionalidad, va a traer consigo una política criminal que incorpore como característica clave, la colaboración entre Estados y la aproximación de las tipificaciones nacionales. Pero, a diferencia de los crímenes de lesa humanidad quedan fuera de la competencia del Tribunal Penal Internacional.

VI. CONCLUSIONES

Esta aproximación al terrorismo del siglo XXI pone de relieve los efectos políticos y jurídicos que, en especial a partir de los atentados del 11 de septiembre, ha tenido sobre el Derecho internacional y sobre el Derecho penal. En ambos casos, la búsqueda de eficacia ha traído consigo el cuestionamiento de consolidadas garantías vinculadas al hombre y sus derechos, que constituyen fundamento y signos de identidad de estas ramas del ordenamiento jurídico.

Las páginas de este trabajo y en especial la historia que reflejan, pone en evidencia otras cuestiones, como el señalado cambio de enemigo, durante el periodo de la guerra fría se enfrentaban dos modos de ordenar el mundo, ahora parece que el contenido del enfrentamiento es otro y de raíces más profundas, pareciera que estamos ante un choque de civilizaciones¹²⁶, en el que el vencer no es convencer unamuniano del Paraninfo salmantino, tiene pleno sentido. La victoria militar, si es que se ha producido o llega a producirse, no resuelve el conflicto, más bien creo que lo agrava¹²⁷. La solución, si es que existe, solo puede radicar en el dialogo y el respeto mutuo, que lleve al objetivo, tal vez utópico, pero irrenunciable, de no aspirar a imponer las ideas, sino a crear espacios de convivencia. Esto no supone el no responder frente al ataque terrorista, pero lo que deslegitima la respuesta es el exceso de la misma el incurrir justamente en la lesión y el menoscabo de aquello que se dice defender.

Frente a esta situación cobran particular sentido las palabras de Karem Armstrong, con las que cierra su monografía sobre el islam,

“cultivar una imagen distorsionada del islam, verlo como un enemigo inherente de la democracia y los valores humanos y regresar a la visión racista de los cruzados medievales sería una catástrofe. Una actitud como esa no solo pondrá en contra a 1.200 millones de musulmanes con quienes compartimos el mundo, sino que violaría el desinteresado amor a la verdad y el respeto por los sagrados respetos del prójimo que caracterizan lo mejor tanto del islam como de las sociedades occidentales”¹²⁸.

122 En el mismo sentido MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de terrorismo como crimen internacional. Su consideración como crimen de lesa humanidad”, en PÉREZ CEPEDA, A, PORTILLA CONTRERAS, G., *Terrorismo y contraterroismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Salamanca, Ratio Legis, 2016, pp. 47 y ss.

123 El artículo 77 del Estatuto de Roma establece las siguientes penas aplicables para los delitos de lesa humanidad: 1) La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta años, o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2) Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba, b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Ver también la gravedad de las penas que establece el código penal español en el art. 607 bis para los delitos de lesa humanidad.

124 Tiene mucho interés el examen de toda la problemática concursal que podrá llegar a darse entre la normativa reguladora del terrorismo y la de los delitos de lesa humanidad, vid..MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de terrorismo como crimen internacional. Su consideración como crimen de lesa humanidad”, cit., pp. 56 y ss.

125 Baste con la lectura del art. 573 bis, que en su primer número para los supuestos en que se causa la muerte de una persona contempla la prisión por el tiempo máximo previsto en el Código.

126 El termino se debe al estudio de HUNTINGTON, S, *El choque de civilizaciones la reconfiguración del orden mundial*, trad. Tosaus, Barcelona, Paidós, 2005.

127 Merece la pena la lectura de la reciente monografía de NUÑEZ VILLAVARDE, J.: *Daesh. El porvenir de la amenaza yihadista*, Madrid, Catarata, 2018, passim.

128 ARMSTRONG, *El Islam*, cit., p. 203.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, K., *El crimen de agresión después de Kampala*, Madrid, Dykinson, 2012.
- ARMSTRONG, K. *El Islam*, 2ª ed., Madrid, Debate, 2013.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Paidós, 2008.
- BEN-AMI, S., MEDIN, Z., *Historia del Estado de Israel: génesis, problemas y realizaciones*, 2ª ed., Madrid, Rialp, 1991.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *La justicia transicional en Brasil. El caso de la Guerrilla de Araguaia*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2017.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Sobre la función simbólica de la legislación antiterrorista española”, *Pena y Estado*, 1991.
- COMISIÓN EUROPEA, *Reglamento Delegado (UE) .../... de la Comisión de 14.7.2016 por el que se completa la Directiva 2015/849 identificando los terceros países de alto riesgo con deficiencias estratégicas*, 2016 (disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/ES/3-2016-4180-ES-F1-1.PDF>, fecha de consulta 04.09.2017).
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Decisión (PESC) 2017/154 del Consejo de 27 de enero de 2017 por la que se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2016/1136*, 2017 (disponible <https://www.boe.es/doue/2017/023/L00021-00024.pdf>, fecha de consulta 4.09.2017).
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Estatuto de la corte Internacional de Justicia*, 1945 (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Estatuto de Roma*, 2002 (disponible em <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-esp.pdf>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- CORTEN, O., “Les resolutions de l’ Institut de Droit International sur la legitime defense et sur les actions humanitaires”, *Revue belge de droit International*, nº 2, 2007 (disponible en https://dipot.ulb.ac.be/dspace/bitstream/2013/108441/1/OC.RBDI2007-2-10_2_.pdf; fecha de consulta: 20.03.2018).
- CORTEN, O., DUBUISSON, F., *Operation “Liberté Immuable”: une extension abusive du concept de legitime defense*, en RGDIP 2002 (disponible en <https://dipot.ulb.ac.be/dspace/bitstream/2013/36285/1/2002.liberte.immuable.pdf>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- CORTEN, O., *Le droit contre la guerre*, 2ª ed., París, Pedon, 2014.
- CRISTAKIS, T., “Vers une reconnaissance de la notion de guerre preventive”, en BANNLIER, K., et al., *L’Intervention en Irak et le Droit International*, París, Pedone, 2004.
- DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al crimen internacional de agresión”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 35, nº 99, 2014.
- Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, 1945 (disponible en http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_denuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66; fecha de consulta: 20.03.2018).
- FERRÉ OLIVÉ, J.C, PÉREZ CEPEDA, A. (Directores), *Financiación del terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- FONTANA, J., *El siglo de la revolución. Una historia del mundo desde 1914*, Barcelona, Planeta, 2017.
- GAMARRA CHOPO, Y., *La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada*, Barcelona, CIDOB, nº 77, 2007 (disponible en https://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/la_defensa_preventiva_contra_el_terrorismo_internacional_y_las_armas_de_destruccion_masiva_una_critica_razonada; fecha de consulta: 20.03.2018).
- GÓMEZ ISA, F., “Los ataques armados con drones en Derecho internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67/1, 2015 (disponible en http://redi.ene-estudio.es/wp-content/uploads/2017/09/estudios_gomez_isa_ataques_armados_con_drones_derecho_internacional.pdf; fecha de consulta 26.03.2018).
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., “Sistemas de armas automáticas, drones y Derecho internacional” en *Revista española de Estudios estratégicos*, nº 2/2013, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4537251>, fecha de consulta: 26.03.2018)
- HUNTINGTON, S., *El choque de civilizaciones la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2005.

- Institut de Droit International, Session de Santiago, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international, Actions humanitaires*, 2007 (disponible en http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2007_san_03_fr.pdf; fecha de consulta: 20.03.2018)
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Las sanciones internacionales en el marco europeo, protección diplomática subsidiaria, contramedidas colectivas y el estado de derecho: reflexiones en torno al asunto Bank Melli Irán y el derecho de defensa, en *Revista general de Derecho Europeo*, n.º 29, 2013.
- Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010*, Boletín Oficial del Estado, 2010 (disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-9481; fecha de consulta: 20.03.2018).
- MANERO SALVADOR, A., “La controversia de Valladolid: España y el análisis de la legitimidad de la conquista de América”, en *Revista electrónica Iberoamericana*, vol. 3, n.º 2, 2009,
- MARS, A., “Lorenzo Vidino: ‘Muchos yihadistas están muy bien integrados’”, *El País*, 2017 (disponible en https://elpais.com/ccaa/2017/08/25/catalunya/1503673471_747723.html; fecha de consulta: 20.03.2018).
- MARTÍN, J. *Sunies y Chies. Los dos brazos de Alá*, 2ª ed., Madrid, Catarata, 2008.
- MCCANTS, W., *El apocalipsis del ISIS*, Bilbao, Deusto, 2016.
- MENDOZA CALDERÓN, S., “La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas”, *Revista Penal*, n.º 41, 2018.
- MENDOZA CALDERÓN, S.: “El delito de terrorismo como crimen internacional. Su consideración como crimen de lesa humanidad”, en PÉREZ CEPEDA, A., PORTILLA CONTRERAS, G., *Terrorismo y contra-terrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Salamanca, Ratio Legis, 2016.
- MORAN BLANCO, S., “La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia”, *Anuario español de Derecho Internacional*, n.º 26, 2010.
- NÚÑEZ VILLAVERDE, J.: *Daesh. El porvenir de la amenaza yihadista*, Madrid, Catarata, 2018.
- OLÁSULO ALONSO, H., PÉREZ CEPEDA, A., *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución 1368 (2001) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370ª sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001*, 2001 (disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1368%20\(2001\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1368%20(2001)); fecha de consulta 20.03.2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *Resolución 2170 (2014) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7242ª sesión, celebrada el 15 de agosto de 2014*, 2014 (disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2170%282014%29>; fecha de consulta: 26.03.2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Capacidad del sistema de las Naciones Unidas de ayudar a los Estados Miembros en la aplicación de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo*, Informe del Secretario General, 2017 (disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/858>, fecha de consulta: 26.03.2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Plan de Acción para Prevenir el Extremismo Violento*, 2015 (disponible en <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/plan-action-prevent-violent-extremism>, fecha de consulta: 26.03.2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, Definición de agresión*, 1974 (disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314(XXIX)&Lang=S&Area=RESOLUTION); fecha de consulta 20.03.2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2006 (A/RES/60/88), 2006 (disponible en <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/ares60288>; fecha de consulta: 26.03.2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 15 de junio de 2017, Refuerzo de la capacidad del sistema de las Naciones Unidas de ayudar a los Estados Miembros en la aplicación de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo*, 2017 (disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/71/291>, fecha de consulta: 26.03.2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Carta de las Naciones Unidas*, 1945 (disponible en

- <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Secretario General, Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo*, 2006 (disponible en www.un.org/spanish/unitingagainstterrorism/report_toc.html; fecha de consulta: 26/03/2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948 (disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- OROZCO TORRES, L. E. “La criminalización de las guerras de agresión”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 3, 2011.
- PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO EUROPEO, *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo*, 2017 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L0541&from=ES>; fecha de consulta: 26.03.2018).
- PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO EUROPEO, *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo*, 2017 (disponible en <http://www.boe.es/doue/2017/088/L00006-00021.pdf>, fecha de consulta: 26.03.2018).
- PECES-BARBA, G. (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2013, tomo IV, vol. III, libros I, II y III.
- PÉREZ CEPEDA, A., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- PÉREZ CEPEDA, A., RUIZ ARIAS, M. (dirs.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Salamanca, Ratio Legis, 2017.
- PÉREZ CEPEDA, A., PORTILLA CONTRERAS, G., *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*. Salamanca, Ratio Legis, 2016.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003.
- QUESADA ALCALÁ, C., “El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global”, *Cuadernos de estrategia*, nº 160, 2010.
- REGUEIRO DUBRA, R., *La legítima defensa en Derecho Internacional*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado UNED, 2012.
- REMIRO BROTONS, A., “Terrorismo internacional, principios agitados”, *IUS*, nº 37.
– *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- RÚPEREZ, J. “Las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo. Primer balance”, *Cuadernos de Pensamiento político*, 2005.
- SANDS, P., *Calle Este-Oeste*, Barcelona, Anagrama, 2017.
- The Washington Post*, “Text of President Bush’s 2002 State of the Union Address”, 2002 (disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/onpolitics/transcripts/sou012902.htm>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- THE WHITE HOUSE, *The National Security Strategy of de United States of America*, 2002 (disponible en <https://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- Tratado antibélico de no-agresión y de conciliación* (Pacto Saavedra-Lamas), 1933 (disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-9.html>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- Tratado de Renuncia a la Guerra*, Pacto Briand-Kellog, 1928 (disponible en <https://www.dipublico.org/3584/tratado-de-renuncia-a-la-guerra-pacto-briand-kellog-1928/>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- TRIBUNAL INTERNACIONAL DE LA HAYA, *Sentencia de la corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 1986 sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua: necesidad de su inmediato cumplimiento*, 1986 (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/501/81/IMG/NR050181.pdf?OpenElement>; fecha de consulta: 20.03.2018).
- VON CLAUSEWITZ, C., *De la guerra*, Madrid, La esfera de los libros, 2005 (trad. Carlos Fortea).
- YARNOZ, C., “Estrategia de aniquilación”, Suplemento En Portada, *El País*, 11 de marzo 2018.