

LA SOMBRA DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN LA POLÍTICA ANTITERRORISTA ESPAÑOLA: REFLEXIONES CRÍTICAS*

Jon-Mirena Landa Gorostiza

*Profesor Titular de Derecho Penal. UPV-EHU
Ex-Director de Derechos Humanos (Gobierno Vasco)*

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: Reflexiones críticas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2010, núm. 12-10, p. 10:1-10:30. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-10.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 12-10 (2010), 23 dic]

RESUMEN: En la política antiterrorista española hay una tendencia emergente a identificar el terrorismo con las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, en particular, con el crimen contra la humanidad. Dicha tendencia, sin embargo, carece de puntos de apoyo solventes a la luz del estado actual de evolución del Derecho penal internacional. A describir y argumentar esta tesis central se dirige esta contribución para lo que tras una aproximación a la definición y tipología del terrorismo, y después de presentar las posibles

interferencias y diferencias entre el terrorismo y el crimen de lesa humanidad en el plano del Derecho penal internacional, se pasa a caracterizar críticamente la infiltración de ese paralelismo en la política antiterrorista (y de víctimas) del Estado español. Caracterización que advierte de los riesgos de que una tal identificación contribuya a acentuar aún más el perfil de derecho penal del enemigo en materia antiterrorista, sirva de coartada al Estado frente a su obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o pueda desenfocar las políticas de víctimas, memoria o reconciliación en el País Vasco o España.

PALABRAS CLAVE: Crimen contra la humanidad, terrorismo, Derecho penal internacional, derechos humanos, víctimas.

Fecha de publicación: 23 diciembre 2010

* El presente artículo se inscribe dentro del Proyecto “*Factores postdelictivos y peligrosidad postdelictual en la individualización de la respuesta penal*” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Referencia: DER2009-08167, subprograma JURI, 2009-2012); y del Proyecto “*Individualización de las respuestas penales. Derecho comparado y armonización europea en sistema de sanciones*” financiado por el Gobierno Vasco (Referencia, IT 540-10, 2010-2012). Se ha beneficiado, igualmente, de una estancia científica de investigación como *Visiting Fellow* en el Instituto Lauterpatch Centre for International Law de la Universidad de Cambridge (Reino Unido) durante los meses de Julio y Agosto de 2010 gracias a la financiación del Gobierno Vasco (Programas de perfeccionamiento y movilidad del personal investigador. Año 2010). Deseo hacer constar mi agradecimiento especial al Director del Centro, James Crawford, y a los demás miembros y profesores visitantes por la oportunidad para debatir y ampliar los puntos de vista sobre este trabajo de investigación.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TERRORISMO: DEFINICIÓN Y TIPOLOGÍA. 3. CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD Y TERRORISMO: DIFERENCIAS E INTERFERENCIAS. 4. POLÍTICA ANTITERRORISTA ESPAÑOLA Y CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: REFLEXIONES CRÍTICAS.

1. INTRODUCCION

1.1. La caracterización de la legislación antiterrorista española como derecho penal del enemigo es un lugar común destacado por la mayoría de la doctrina científica jurídico-penal¹. Con la alusión al derecho penal del enemigo se pretende poner de manifiesto el conjunto de excesos, tanto en los modelos legales como en su aplicación jurisprudencial o de ejecución penitenciaria, que atentan contra las garantías básicas y los principios que deben regir en un Estado social y democrático de Derecho. Desde otro ángulo argumental podría igualmente formularse la misma

¹ El renovado debate sobre las características e implicaciones críticas y/o legitimadoras de un tal modelo de Derecho penal bien puede imputarse al artículo fundamental de JAKOBS, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97 (1985), pp. 751 ss. (puede consultarse traducción al castellano de PEÑARANDA RAMOS, Enrique., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 293-324). La bibliografía en lengua castellana es ya inabarcable. Una descripción de tendencia en torno a cuales son sus características y si debe legitimarse (con respuesta mayoritariamente negativa) y, en su caso, en qué términos, un tal derecho penal del enemigo véase, por todos, solamente, SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001, pp. 163 ss., en que el autor indica la posibilidad de que el derecho penal del enemigo constituya una *tercera velocidad* como corriente de creciente importancia en la política criminal contemporánea; JAKOBS, Günther/CANCIO MELIA, Manuel., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, *passim* (y ya con anterioridad CANCIO MELIA, Manuel, "Derecho penal del enemigo", *Jueces para la Democracia* 44 (2002), pp. 19 ss.); GRACIA MARTIN, Luis., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia, 2003, pp. 120 ss.; y, DEL MISMO, "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "derecho penal del enemigo"", *Iustel.com, Revista General de Derecho Penal* 2 (2004), *passim*; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "El derecho penal y procesal del "enemigo". Las viejas y nuevas políticas del seguridad frente a los peligros internos-externos", *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 693 ss.; CANCIO MELIA, Manuel/GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 1 y 2*, Madrid, 2006, *passim*; más recientemente, sólo, CANCIO MELIA, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, 2010, pp. 24 ss.

Pueden rastrearse las materializaciones históricas del derecho penal del enemigo y su filosofía subyacente siglos atrás al menos hasta la Edad Media (véase el interesante estudio de ZAFFARONI, Eugenio R., "El derecho penal liberal y sus enemigos", *Investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad de Castilla-La Mancha del Excmo. Sr. D. Eugenio Raúl Zaffaroni*; Universidad Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 2004, pp. 19 ss., especialmente pp. 29 ss., quien enlaza el embate liberal y el recorte ilegítimo de derechos y garantías con el discurso legitimador de emergencia que impregna el *Malleus maleficarum o Martillo de las brujas* escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger en 1484 y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII el 9 de diciembre del mismo año). Véase, también, la contribución de PEREZ DEL VALLE, Carlos, "Sobre los orígenes del «derecho penal del enemigo». Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", *Cuadernos de Política Criminal* 75 (2001), pp. 597 ss., más centrada en establecer los lazos de la discusión con el bagaje filosófico de la Ilustración. También, más recientemente, la reflexión de TERRADILLOS, Juan M., "El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo", *Terrorismo y Estado de Derecho*, SERRANO-PIEDecasas FERNANDEZ, José R./DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.), Madrid, 2010, p. 273 y *passim*, enlazando el debate del derecho penal del enemigo con los discursos legitimadores del poder estatal según sea legítimo (democrático) o no.

idea recordando que el Derecho penal antiterrorista también tiene que tener límites inspirados por la adecuada traducción del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario al ámbito propio de la definición de los delitos, de los presupuestos para imputar la responsabilidad, de los modos procesales en que ello debe quedar acreditado y de la configuración y ejecución de las penas. La respuesta penal antiterrorista, en sentido amplio, debe contenerse dentro del máximo respeto a los estándares propios de los derechos humanos quintaesencia de cualquier democracia².

1.2. El recurso al derecho penal del enemigo alude así al rebasamiento de límites y a su necesaria reconducción. Pero quizás hay un aspecto crítico que no ha sido suficientemente desvelado: se trata de la reciente tendencia a equiparar la delincuencia terrorista con la propia de la violación grave y sistemática de los derechos humanos y, en particular, de los crímenes contra la humanidad y la aplicación, en consecuencia, de parte de los modelos legislativos, judiciales y del discurso jurídico propios de estos últimos al terrorismo doméstico de ETA. Sin embargo, afirmar hasta sus últimas consecuencias que el terrorismo doméstico de ETA es tan grave como un crimen contra la humanidad puede llegar a generar una infiltración distorsionada de parte de la filosofía, categorías y modelos jurídicos del Derecho penal internacional y de los derechos humanos en este sector regulativo. Frente a una aproximación clásica en que los estándares de protección de los derechos humanos operan como elementos de control y vigilancia de la política antiterrorista estatal, la novedad³ es la consideración del terrorismo como una violación de derechos humanos de la mayor gravedad y la aplicación a su definición, persecución y castigo de elementos propios de la estrategia relativa a los crímenes más graves cometidos contra la comunidad internacional. Es, si se me permite la expresión, un “darle la vuelta al calcetín” de tal manera que, de una perspectiva en que el Estado debe responder y convencer de que sus actuaciones antiterroristas son adecuadas a los derechos humanos, se pasa a otra perspectiva en la que el Estado se ayuda del

² Véase al respecto el completo y exhaustivo Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin SCHEININ (A/HRC/10/3/Add.2, 16 de diciembre de 2008, *passim*) quien en su visita a España destaca que algunas de las definiciones típicas de los delitos de terrorismo no respetan el principio de legalidad, muestra su preocupación con determinados aspectos del Derecho procesal penal (incomunicación), el riesgo de malos tratos y tortura, la política penitenciaria o la ley de partidos políticos y realiza un conjunto de recomendaciones para que las medidas antiterroristas sean plenamente compatibles con las normas internacionales de derecho humanos. Véase, también, coincidente en los aspectos críticos esenciales, la propuesta del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Málaga, 2008, *passim*.

³ Así la califica, por cierto, el Proyecto de Ley de Víctimas que prepara el Gobierno español junto al resto de grupos parlamentarios (CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, IX Legislatura, Serie B, 23 julio 2010, Núm. 265-1 Proposición de Ley de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo) cuando en su Exposición de Motivos señala: “Esta ley asume igualmente una idea relativamente novedosa, que impregna todo su articulado y es que las víctimas del terrorismo son, en efecto, víctimas de violaciones de derechos humano”.

discurso y estrategias de la lucha por los derechos humanos pero teniendo como objetivo y destinatario a las bandas terroristas.

1.3. El objetivo de este artículo es contribuir a abrir el debate, describir la situación todavía en fase emergente y llamar la atención sobre los efectos perniciosos que una tal equiparación entre el terrorismo doméstico y los crímenes contra la humanidad puede generar en la política criminal pero también en la política de víctimas de nuestro país. La tesis central se resume en la afirmación de que la incipiente aplicación a la política antiterrorista española del diagnóstico y del tratamiento del fenómeno terrorista como si fuera un crimen contra la humanidad o una grave y sistemática violación de los derechos humanos está actuando de multiplicador de la expansión y de la dureza del Derecho penal en este ámbito al tiempo que acentuando sus contornos como derecho penal excepcional, del enemigo.

1.4. Para desarrollar esta tesis, en primer lugar, abordaremos una aproximación a las dificultades de definición del terrorismo como paso previo a exponer las diferencias e interferencias entre los ámbitos típicos del delito de terrorismo y de los crímenes contra la humanidad desde la óptica del Derecho penal internacional. A partir de aquí podrán rastrearse algunas de las infiltraciones del Derecho penal internacional en el derecho antiterrorista español. Con todo, debe quedar indicado desde el principio que las limitaciones de espacio y la amplitud y diversidad de implicaciones de esta línea de trabajo no aconsejan, por el momento, sino presentar la tesis central indicada dejando para futuras contribuciones análisis complementarios.

2. Terrorismo: definición y tipología

2.1. Es de sobra conocida la dificultad por alcanzar una definición de terrorismo en el plano del derecho internacional⁴ hasta el punto de que es este el factor que explicaría la ausencia de una Convención o un Tratado internacional que regulara la cuestión mas allá de aspectos sectoriales⁵. En opinión de CASSESE la clave que

⁴ SAUL, Ben, *Defining terrorism in international law*, Oxford, 2006, pp. 130 ss.

⁵ SHAW, Malcolm, *International Law*, Cambridge, 2008, p. 1160, hace referencia a trece convenios internacionales vigentes en la actualidad que ya desde antes de la década de 1970 se ocupaban de diversos aspectos sectoriales relacionados con el terrorismo como, entre otros, el Convenio Internacional sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973); Convenio Internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979). De forma mas reciente, a impulsos del Comité Especial Ad hoc creado por la Resolución de la AG de 16 de enero de 1997 (A/RES/51/210) para impulsar medidas para eliminar el terrorismo internacional se han culminado el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997); Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999); y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Nueva York, 13 de abril de 2005). A este mismo Comité se le mandató para que impulse la elaboración de un Convenio General sobre el terrorismo internacional cuyos primeros pasos se dieron en el año 2000 y que, en estos momentos, se encuentra todavía en fase de discusión. De conformidad con el Informe del Comité Especial (A/65/37) elaborado en su 14 período de sesiones (12 al 14 de abril de 2010) y a la vista de las discusiones oficiosas

explicaría esta interminable polémica que se remonta a los años 1970 sería doble: por un lado, está la cuestión de si los “luchadores por la libertad” (*freedom Fighters*) que actúan dentro de movimientos de liberación nacional deben ser tildados de terroristas y, en segundo lugar, la relevancia que debe otorgarse en la aproximación jurídica a esta materia a las causas profundas, a las raíces, del fenómeno terrorista⁶.

Partimos, por tanto, de una ausencia de definición del terrorismo a nivel internacional que no impide, sin embargo, la diversidad de definiciones del terrorismo en cada ordenamiento doméstico⁷ o los avances en el consenso en ámbitos regionales como destacadamente es el caso europeo⁸. La Decisión Marco (2002/475/JAI) del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo introdujo una definición de terrorismo en su artículo 1 por la que todos los Estados miembros de la Unión Europea deberán considerar delitos de terrorismo:

“(…) los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,

que en dicho periodo de sesiones se desarrollaron, sigue siendo uno de los problemas principales la dificultad para alcanzar una definición consensuada de terrorismo respecto de su diferenciación con la lucha legítima de los pueblos en su ejercicio del derecho de autodeterminación y la conveniencia de que se haga referencia también al terrorismo de Estado o a la cuestión de los grupos armados que no forman parte de las fuerzas armadas de un Estado pero responden a él. Para un seguimiento en detalle del desarrollo de las negociaciones a este respecto pueden consultarse también los siguientes documentos: A/57/37, A/59/894, A/C.6/60/L.6, A/61/37, A/C.6/61/SR.21, A/62/37, A/C.6/62/SR.16, A/63/37, A/C.6/63/SR.14, A/64/37 y A/C.6/64/SR.14.

Se hace eco, recientemente, no sólo de las dificultades políticas para alcanzar un acuerdo en la definición internacional, sino también de las de índole técnico al estar los preceptos penales de terrorismo íntimamente vinculados a las normas comunes de cada ordenamiento doméstico CANCIO MELIA, Manuel, *Los delitos*, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

⁶ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2008, pp. 162 y 163.

⁷ Para una clasificación de diversos modelos de definición del terrorismo en países europeos (Alemania, Francia, Italia, Portugal, Reino Unido) y, en particular, para un análisis del concepto de terrorismo en España véase ASUA BATARRITA, Adela, “Concepto de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidon*, ECHANO BASALDUA, Juan (coord.), Bilbao, 2002, pp. 48 ss. y 68 ss.

⁸ Así lo destaca DI FILIPPO, Marcello, “Terrorist crimes and International co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of International crimes”, *European Journal of International Law* 19 (2008), p. 493, como ejemplo de espacio que supera la fragmentación en el abordaje del terrorismo.

- *desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales, políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional*⁹

Se trata de un primer intento definitivo general que ha encontrado continuidad en la nueva Decisión Marco (2008/919/JAI) de 28 de noviembre y que se ratifica en la “definición armonizada de los delitos de terrorismo” ya dada en el 2002 a la que atribuye el logro de que “(...) la política antiterrorista de la Unión Europea se desarrolle y amplíe (...)”¹⁰.

La Decisión Marco, no obstante, no hace distinciones entre diversas clases de terrorismo doméstico, transnacional e internacional¹¹ y ello a pesar de que bien podría afirmarse que dicho documento legislativo persigue fundamentalmente adaptar la política antiterrorista europea a la cambiante fenomenología del terrorismo internacional contemporáneo¹².

⁹ Los delitos recogidos son: a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h).

Continua el artículo 2 de la Decisión Marco definiendo el “grupo terrorista” identificándolo con “(...) toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto periodo de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo.(...)”. A renglón seguido, continúa el artículo 2 estableciendo que “organización estructurada” será aquella “(...) no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada.”

Para un análisis del concepto de terrorismo contenido en la Decisión Marco véase ASUA BATARRITA, Adela, Concepto, *op. cit.*, pp. 61 ss. Sobre los problemas que dicha Decisión acarrearía, también, GARCIA RIVAS, Nicolas, “La tipificación “europea” del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas”, *Revista General de Derecho Penal* 4 (2005), *passim*; ACALE SANCHEZ, María, “Previsiones sancionadoras en la decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo y su transposición al derecho penal español”, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, 2007, pp. 217 ss.

¹⁰ La nueva Decisión Marco 2008/919/JAI no sustituye a la anterior (2002/745/JAI) sino que la modifica parcialmente sin afectar, sin embargo, a los artículos 1 y 2 en que se contiene la definición de terrorismo, de “grupo terrorista” y de “organización estructurada”.

¹¹ REINARES, Fernando, “Conceptualizando el terrorismo internacional”, *Real Instituto Elcano* ARI número 79/2005, pp. 1 ss., ya advierte de la imprecisión y vaguedad con que se suele aludir al *terrorismo internacional* y la necesidad de diferenciarlo del *terrorismo transnacional*.

¹² Entre los considerandos previos de la Decisión Marco 2008/919/JAI, el número 3 hace referencia a que “La amenaza terrorista ha crecido y se ha desarrollado rápidamente durante estos últimos años, con cambios en el modus operandi de los terroristas y sus partidarios, incluida la sustitución de grupos estructurados y

Así al menos parece entenderlo el legislador español que en su última reforma del Código Penal (LO 5/2010) destaca como una de las importantes novedades que introduce, la profunda reordenación y “clarificación” del tratamiento penal de las conductas terroristas para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI y adaptarse “(...) a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional (...)”¹³. No obstante, de la misma manera que la definición de terrorismo de la Decisión Marco no distingue entre diversas clases de terrorismo, tampoco lo hace la compleja definición de terrorismo que tras la Reforma (LO 5/2010) resulta de los nuevos artículos 571.3 CP en relación con los artículos 570 bis 1 párrafo 2 y 570 ter 1 párrafo 2¹⁴. Definición que de manera necesariamente sintética se puede resumir en dos rasgos esenciales. En primer lugar, prácticamente desaparece el elemento objetivo de “organización” terrorista que ya no va a requerir necesariamente ni estabilidad ni permanencia ni organización o jerarquía bastando, en el umbral mínimo, con una mera concertación para delinquir. Y, en segundo lugar, lo que puede ser el elemento central de identificación del terrorismo: la necesidad de que concurran los fines típicos de cometer delitos para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública¹⁵.

2.2. A las dificultades para alcanzar una definición jurídica del terrorismo se suma el estado precario de la investigación de este fenómeno desde la óptica de las ciencias sociales¹⁶ y particularmente desde la sociología. Como señala TURK, los

jerárquicos por grupúsculos semiautónomos ligados entre ellos con flexibilidad. Tales grupúsculos forman redes internacionales y recurren cada vez más a las nuevas tecnologías, en especial internet.”

¹³ Exposición de Motivos, apartado XXIX de la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* –BOE núm. 152 de 23 junio 2010– con entrada en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 de acuerdo con su Disposición final séptima. En concreto se alude a la equiparación plena en el tratamiento punitivo de los “grupos terroristas” y las “organizaciones terroristas”. Véase, también el artículo de Fernando REINARES en *EL PAÍS*, 8 julio 2010, destacando que la Reforma viene a adaptar la legislación antiterrorista española a la amenaza del terrorismo internacional.

¹⁴ Tras la Reforma por LO 5/2010 se define el terrorismo en el artículo 571.3 de la siguiente manera:

“A los efectos de este Código, se consideraran organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis [Art. 570 bis 1. párrafo 2: A los efectos de este Código se entiende por **organización criminal** la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas] y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, [Art. 570 ter 1. párrafo 2 A los efectos de este Código se entiende por **grupo criminal** la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.] tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente.”

¹⁵ Muy crítica con los posibles excesos que se pueden derivar de esa propuesta alternativa de fines típicos ASUA BATARRITA, Adela, Concepto, *op. cit.*, especialmente pp. 82 ss.

¹⁶ REINARES, Fernando, “Terrorism”, *International Handbook of Violence Research*, HEITMEYER,

sociólogos han mostrado un escaso interés en el estudio del terrorismo hasta el 11 de Septiembre de 2001¹⁷ y ello sin duda lastra los intentos de regular un fenómeno tan susceptible de manipulación política¹⁸.

Con todo, siguiendo a REINARES podríamos partir de un concepto de terrorismo sobre cuya base poder acotar lo más precisamente posible el subconcepto de terrorismo internacional. Según dicho autor las características del acto de terrorismo vendrían a ser tres: en primer lugar, los efectos psíquicos (ansiedad y miedo) que el terrorismo provoca en la sociedad, o en una parte de la misma, deben ser desproporcionadamente superiores a los daños materiales o físicos que intencionalmente se causa a las personas o cosas con el fin, además, de condicionar las actitudes y los comportamientos de gobernantes o gobernados. En segundo lugar, para que una tal violencia tenga el impacto señalado debe ser sistemática y fundamentalmente impredecible, dirigida por lo general contra objetivos seleccionados precisamente en atención a su relevancia simbólica dentro del marco cultural e institucional de referencia. Por último, en tercer lugar, el acto de terrorismo se caracteriza porque el daño infligido al actuar contra los objetivos seleccionados es funcionalizado como transmisor de mensajes y amenazas que lo convierten en un mecanismo comunicativo y de control social¹⁹.

La definición en su núcleo más característico apunta a los aspectos comunicativos, expresivos y a la dimensión colectiva del daño más allá de los inmediatos destinatarios de la conducta criminal de cada atentado²⁰. Y sobre este núcleo común la diferencia entre el terrorismo doméstico y el internacional, según REINARES apunta a los fines específicos que este último persigue de forma añadida:

“Terrorismo internacional es, en primer lugar, el que se practica con la deliberada intención de afectar a la estructura y distribución del poder en regiones enteras del planeta o incluso a escala misma de la sociedad mundial. En segundo término, aquél cuyos actores individuales y colectivos hayan extendido sus actividades por un significativo número de países o áreas geopolíticas, en consonancia con el alcance de los propósitos declarados.”²¹

Resulta fundamental subrayar, por tanto, que no basta para tildar de internacional a un terrorismo con que sus estructuras organizativas o sus actividades se des-

Wilhelm/HAGAN, John (ed.), Dordrecht/Boston/London, 2003, p. 315, señalando los progresos alcanzados pero destacando, al tiempo, los limitados avances teóricos y la falta de investigación empírica.

¹⁷ TURK, Austin T., “Sociology of terrorism”, *Annual Review of Sociology* 30 (2004), p. 271.

¹⁸ WEINBERG, Leonard/PEDAHZUR, Ami/HIRSCH-HOEFLER, Sivan, “The Challenges of Conceptualizing Terrorism”, *Terrorism and Political Violence* 16 (2004), pp. 777 y 778.

¹⁹ REINARES, Fernando, *Terrorism*, *op. cit.*, p. 309. Véase, también, REINARES, Fernando, *Conceptualizando*, *op. cit.*, p. 2.

²⁰ Véase también TERRADILLOS, Juan M., *El Estado*, *op. cit.*, pp. 274 ss.

²¹ REINARES, Fernando, “El terrorismo internacional”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos y Real Instituto Elcano. Panorama estratégico 2004/2005*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2005, pp. 50 y 51.

plieguen por más de un país. El componente transnacional estará siempre presente en el terrorismo internacional pero este último es algo más y diferente²².

2.3. Llegados a este punto cabe constatar la ausencia y dificultades de una definición jurídica del terrorismo en el plano internacional y la ausencia de una definición diferenciada según tipología de terrorismo doméstico o internacional incluso en aquellos ámbitos, como el europeo o el español, en que se propugnan las correspondientes definiciones. Esto dificulta aún más los términos de la discusión sobre la precisa delimitación entre el crimen contra la humanidad y el delito de terrorismo que, como vamos a tener ocasión de comprobar, se plantea sobre todo desde el punto de vista del terrorismo internacional.

3. Crimen contra la humanidad y terrorismo: diferencias e interferencias

3.1. Es difícil explicar las diferencias e interferencias entre el crimen contra la humanidad y el terrorismo desde la óptica del Derecho penal internacional sin tener en cuenta el impacto que tuvieron los atentados del 11 de septiembre de 2001. Parece evidente que a consecuencia de los ataques con dos aviones contra el World Trade Center en Nueva York y contra el pentágono en Washington D.C. (además del avión secuestrado que acabó estrellándose) hay un sector de la literatura que aboga claramente por incluir ataques terroristas de esa magnitud como conductas que integran un crimen contra la humanidad por cuanto representarían un secuestro y asesinato colectivo como parte de un “ataque generalizado o sistemático realizado contra una parte de la población civil”²³. Poniendo en relación estos acontecimientos con otras acciones terroristas llevadas a cabo bajo el liderazgo y conocimiento de Bin Laden hay quien llega incluso a afirmar que no cabe duda ninguna respecto a que, de conformidad con la definición de crimen de lesa humanidad que proporciona el artículo 7 del Estatuto de Roma, se inscriben en una “línea de conducta” que implica la comisión múltiple de actos criminales “de conformidad con la política de un Estado o de una organización” para cometer ese ataque o para promover esa política²⁴.

²² Véase también REINARES, Fernando, El terrorismo, *op. cit.*, p. 50.

²³ Véase, por todos, CASSESE, Antonio, “Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of International law”, *European Journal of International Law* 12 (2001), pp. 993 y 994, quien hace relación de un conjunto de personalidades y juristas (Robert Badinter, Kofi Annan, Mary Robinson, Alain Pellet, G. Robertson) que también califican los acontecimientos del 11-S como un crimen contra la humanidad.

²⁴ Véase como ejemplo de literatura claramente alineada con las tesis más proclives a la calificación de los acontecimientos del 11-S como crimen contra la humanidad FRY, James D., “Terrorism as a crime against humanity and genocide: the backdoor to universal jurisdiction”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 7:169 (2002-2003), pp. 190 ss., quien no duda en hablar de “guerra” (p. 190: “The terrorist attacks of September 11 satisfy all of the elements enumerated above for a crime against humanity. First, the attack was a part of a widespread and systematic war against the United States.”) contra los Estados Unidos o incluso en calificar los hechos –nada menos que- como genocidio (p. 193 ss.). En la misma línea, aunque con mayor contención y rigor en las calificaciones PROULX, Vincent-Joël, “Rethinking the jurisdiction of the International criminal court in the post-september 11th era: should acts of terror-

3.2. Antes de ocuparnos de la cuestión en torno a la aplicabilidad del crimen contra la humanidad al terrorismo conviene, en primer lugar, ampliar la perspectiva. El debate sobre la respuesta adecuada al terrorismo desde el derecho internacional se remonta a una historia controvertida, y todavía sin resolver adecuadamente, muy anterior a los atentados de las torres gemelas. Sintetizaba de forma adecuada CASSESE en dos las posibles vías de respuesta legal que la comunidad internacional tiene disponibles frente al terrorismo: una, de índole pacífico y, otra, de carácter coercitivo, en función de que se recurra o no al uso de la fuerza en el territorio de otro Estado o en áreas no sujetas a la soberanía nacional (alta mar, espacio aéreo internacional)²⁵.

Dejando a un lado la cuestión general del uso legítimo de la fuerza²⁶, no parece haber ninguna controversia sobre la necesidad y oportunidad de incrementar todo lo necesario la cooperación jurídica interestatal para lo cual resulta imprescindible mejorar y ampliar los instrumentos internacionales –sobre todo de ámbito universal– disponibles²⁷. El punto de fricción parece situarse, entonces, en si el terrorismo debería considerarse como un crimen internacional.

Podríamos hacer una primera distinción fundamental en relación a las conductas de terrorismo según sean cometidas en tiempos de paz o de guerra. Y es que los posibles solapamientos entre actos de terrorismo y crímenes de guerra son otro campo de intersección²⁸ en que los estándares del Derecho penal internacional y el Derecho internacional humanitario se proyectan de forma simultánea²⁹.

ism qualify as crimes against humanity?”, *American University International Law Review* 19:1009 (2003-2004), *passim* y, especialmente, pp. 1010, 1025 ss., 1030 ss., 1036 ss., y 1083 ss.

²⁵ CASSESE, Antonio, “The international community’s “legal” response to terrorism”, *Foreign Affairs* 64 (1986), pp. 589 ss.

²⁶ Véase respecto de la reacción de Estados Unidos después de los atentados del 11-S la síntesis del estado de la cuestión que recientemente realiza SADAT, Leila Nadya, “Terrorism and the rule of law”, *Studies in Transnational Legal Policy* 119 (2008), pp. 121 ss. Véase, también, por todos, la crítica a una eventual preferencia de la estrategia del uso –ilegítimo– de la fuerza tras el 11-S frente a la de una mayor cooperación ABI-SAAB, Georges, “The proper role of international law in combating terrorism”, *Chinese Journal of International Law* 305 (2002), pp. 311 ss.

²⁷ DI FILIPPO, Marcello, Terrorist, *op. cit.*, pp. 491 ss., hace una buena descripción de la situación al respecto tanto en el plano universal como regional.

²⁸ Para un análisis detallado y analítico de los posibles solapamientos véase el extenso estudio de KAIKOBAD, Kaiyan Homi, “Crimes against International Peace and Security, Acts of Terrorism and Other Serious Crimes: A Theory on Distinction and Overlap”, *International Criminal Law Review* 7 (2007), pp. 187 ss.

²⁹ Supera los límites de esta contribución poder atender a los problemas interpretativos y de delimitación que se derivan de los actos de terrorismo en tiempo de guerra. Véase una descripción del estado de la cuestión en CASSESE, Antonio, *International, op. cit.*, pp. 171 ss., quien centra la cuestión no tanto en la indubitable prohibición que se deriva del Derecho Internacional Humanitario de los actos de terrorismo en tiempos de conflicto armado –sea este interno o internacional– sino en si, además, cabe “criminalizar” dichos actos (p. 172). Véase, también, la descripción de KAIKOBAD, Kaiyan Homi, Crimes, *op. cit.*, *passim*; y, desde la óptica de las obligaciones y responsabilidades exigibles a los denominados “agentes no estatales” (*non-state actors*) CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of non-state actors*, Oxford, 2006, pp. 271 ss. Véase, también, la reciente monografía de OLASOLO ALONSO, Héctor/PÉREZ CEPEDA, Ana, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia, 2008, *passim*.

Pero centrándonos en los actos de terrorismo en tiempo de paz, hay un sector de la doctrina que, pese a la evidencia de una falta de consenso internacional en la definición, identifica un cambio en las circunstancias³⁰ que le lleva a propugnar la aparición del terrorismo como un crimen internacional autónomo sobre la base de la evolución de las normas de Derecho internacional consuetudinario en la materia. CASSESE describe los elementos de ese nuevo crimen³¹ partiendo, en primer lugar, de un elemento objetivo: una conducta criminal según la ley nacional pero que, en todo caso, debe ser transnacional por naturaleza, esto es, no limitada al territorio de un Estado sin elementos extranjeros o conexiones similares pues, de lo contrario, el caso recaería exclusivamente bajo el sistema criminal doméstico del Estado correspondiente. En segundo lugar, la conducta debe estar dotada de elementos finalísticos –subjetivos– o bien porque se dirige a extender el terror entre la población o bien a compeler a un gobierno o institución internacional a hacer o dejar de hacer un determinado acto. También hace referencia a un posible tercer fin: desestabilizar o destruir la estructura de un país. Pero, en todo caso, CASSESE considera que lo definitivo y siempre presente es el afán de doblegar la voluntad de un gobierno o una institución: porque el aterrorizar no se hace per se sino con ese fin. Por último, otro elemento único y característico del terrorismo como crimen internacional es el motivo que se caracteriza por no ser de índole personal sino político, ideológico o religioso, trazándose así la diferencia con la criminalidad organizada. En conclusión, señala el autor florentino, para que se integre el necesario elemento subjetivo (*mens rea*) del delito de terrorismo como crimen internacional se requieren dos elementos: dolo (*intent*) de realizar un acto criminal (asesinato, etc...) como dolo general y un dolo especial añadido (*specific intent, dolus specialis*) de compeler a una autoridad pública o privada a realizar, o abstenerse de realizar, una determinada conducta con una motivación política³².

³⁰ Así, DI FILIPPO, Marcello, *Terrorist, op. cit.*, pp. 491 ss., señala, entre otros factores, el hecho de que las manifestaciones empíricas del terrorismo hayan alcanzado un grado de complejidad tal que demuestra la ineficacia de la aproximación sectorial al fenómeno desde el derecho internacional y hace preferible un abordaje más universal. También alude DI FILIPPO a la seriedad y gravedad de los actos de terrorismo que en su opinión han hecho caer en la cuenta a la opinión pública y a la comunidad internacional del alto coste que está suponiendo tener que hacer frente al fenómeno con una estrategia antiterrorista diseñada de manera muy deficiente. Por último, alude a que el terrorismo ha dejado de ser un fenómeno restringido a determinados confines territoriales o ligado a cuestiones políticas locales habiéndose convertido en un fenómeno criminal globalizado susceptible de alcanzar y golpear a cualquier estado y cualquier grupo de población. Son todos estos factores, subraya DI FILIPPO, los que, estrechamente interrelacionados con el hecho de que la yuxtaposición entre la lucha antiterrorista y la aspiración a determinados valores internacionales (como la autodeterminación de los pueblos) han ido perdiendo progresivamente importancia, han traído como consecuencia una maduración en la comunidad internacional hacia un eventual cambio de paradigma.

³¹ Véase, en lo que sigue, CASSESE, Antonio, *International, op. cit.*, pp. 166 ss.

³² Afirma CASSESE, Antonio, *International, op. cit.*, p. 168, que el motivo último de la acción que en Derecho penal resulta por regla general irrelevante, aquí no. Esto es: a efectos de integrar la conducta susceptible de ser calificada como crimen internacional debe constatararse la motivación política, ideológica o religiosa. Sin tal motivación no cabe hablar de terrorismo como crimen internacional aunque sí, eventualmente, de terrorismo doméstico.

La posición mantenida por CASSESE de que el terrorismo constituya un crimen internacional autónomo bien puede ser tildada de minoritaria o excepcional en la doctrina³³, aunque, sin duda, resulta mucho menos exótica la alternativa de calificar actos de terrorismo como una sub-especie del crimen contra la humanidad. Es este un punto esencial de interferencia que afecta al núcleo interpretativo de lo que debe entenderse por ataque “sistemático” o “generalizado” en el crimen contra la humanidad y afecta, igualmente, al sujeto que típicamente puede llevarlo a cabo.

3.3. Efectivamente, la polémica sobre si una organización terrorista, u otras organizaciones diferentes de un Estado (*non state actors*)³⁴, pueden llegar a cometer actos cuya gravedad integre un crimen internacional como el de lesa humanidad, es una cuestión abierta y de la máxima actualidad. En la reciente Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II (*Pre-trial Chamber II*) de la Corte Penal Internacional de 31 de marzo de 2010 que autoriza el inicio de una investigación sobre la situación en la República de Kenia³⁵, es esta una cuestión central que ha dividido a los magistrados forzando una opinión disidente en torno a cómo debe entenderse el requisito de que la autoría de los crímenes se enmarque en una línea de conducta de conformidad con una “política de Estado o de una organización”. Debe tenerse en cuenta que, siguiendo el tenor literal del artículo 7 del Estatuto de Roma, los delitos de asesinato, exterminio, tortura, etc, se convierten en crímenes de lesa humanidad sólo cuando son cometidos como “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil” de tal manera que dicho ataque suponga una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos contra dicha población “de conformidad con la política de un Estado o de una organización”³⁶.

³³ Véase, por todos, la caracterización de la cuestión en DAMGAARD, Ciara, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes. Selected pertinent issues*, Heidelberg, 2008, pp. 370 y 371.

³⁴ Para una visión ordenada y de conjunto de las constelaciones de casos emergentes en que la actuación de los “actores no estatales” genera problemas interpretativos desde el punto de vista de las obligaciones derivadas de los estándares de los derechos humanos véase CLAPHAM, Andrew, *Human Rights, op. cit., passim* y, especialmente, pp. 3, 12 ss., 271 ss., respecto de la cuestión de la responsabilidad y obligaciones que se derivan para grupos no estatales en conflictos armados. Véase, también, por todos, para un estudio que incluye además un análisis más detenido desde el punto de vista de la posible responsabilidad individual por crímenes internacionales SCHABAS, William A., “Punishment of non-state actors in non-international armed conflict”, *Fordham International Law Journal* 26 (2002-2003), *passim*.

³⁵ Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09 31 March 2010.

³⁶ Artículo 7 Estatuto de Roma: 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;

El hecho de que el crimen contra la humanidad pueda ser llevado a cabo no ya por un Estado, sino también por “organizaciones” ajenas a sus resortes de poder, reclama una clarificación interpretativa³⁷ que afecta a la misma esencia de su identidad típica y al ámbito de protección de la norma. En definitiva, dónde acaba el crimen contra la humanidad como asunto concerniente al conjunto de todos los seres humanos y dónde empieza el ámbito de criminalidad ordinaria a ventilar por las jurisdicciones domésticas, depende, en gran medida y desde luego respecto de los delitos de terrorismo³⁸, del sentido y alcance que se vaya a dar a la “organización” como posible sujeto activo impulsor de la línea de conducta criminal de lesa humanidad.

Pues bien, este es el punto en concreto que se refleja de forma controvertida en el caso de la Decisión sobre Kenia. La situación se remonta a la violencia que tuvo lugar, fundamentalmente³⁹, en el periodo postelectoral de los años 2007 y 2008 en dicho país africano y que según la información aportada principalmente por la Fiscalía comprende cientos de incidentes con varios grados de organización según las región en que se desarrollaron y las dinámicas interétnicas (kikuyus, kissi, kalenjins, luos, luhyas...) que se vieron comprometidas. Los hechos se podrían resumir en tres grupos de casos: ataques iniciados por grupos asociados con el Movimiento Democrático Naranja (partido de la oposición) y dirigidos contra los seguidores del Partido de Unidad Nacional (partido gobernante); una segunda categoría, que agruparía ataques de respuesta por parte de miembros de grupos

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.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) 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** [resaltado nuestro] de cometer ese ataque o para promover esa política (...).”

³⁷ Que no aparece ni en el texto del artículo 7 del Estatuto de Roma ni tampoco en los *Elementos de los Crímenes* en donde sí que hay, al menos, menciones interpretativas a la necesidad de una lectura restrictiva de los términos literales del artículo 7; al alcance del “conocimiento” que el autor del delito debe poseer; a las características del ataque –que no tiene por que ser militar y cabe considerar determinados tipos de omisión-; y finalmente, sobre los actos individuales de asesinato, exterminio, etc. Nada se menciona, sin embargo, sobre cómo debe interpretarse la política de la “organización”.

³⁸ Ya avanzaba el posible solapamiento en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, “El «nuevo» crimen de lesa humanidad: una primera aproximación”, *Revista Penal* 14 (2004), pp. 80 ss.

³⁹ La propuesta inicial de la Fiscalía abarca, de forma indefinida, una mención a esos dos años lo que generó dificultades de delimitación temporal de los hechos que el propio tribunal resuelve, finalmente, autorizando una investigación para el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2005 hasta el 26 de noviembre de 2009. ICC-01/09 31 March 2010, para. 201 ss., especialmente para. 207.

afectados por los incidentes iniciales de agresión; y, una tercera categoría, que hace relación de los actos violentos de la policía. Para dar una idea de la dimensión de los hechos algunas de las cifras apuntan, en las fases iniciales, a unos 1200 muertos, 3500 heridos y más de 350.000 desplazados sólo en el periodo de tiempo que va del 27 de diciembre 2007 al 28 de febrero de 2008 (¡dos meses!), además de un número no identificado de violaciones y otras formas de ataque sexual. Las cifras de muertos por la policía durante los meses de junio a octubre de 2007 señalan al menos 500 muertos en ejecuciones sumarias y cientos de muertos más en 2008, además de cientos de torturados⁴⁰.

Se trata, por tanto, de una situación de agresiones interétnicas generalizadas en donde la línea de conducta unas veces es claramente reconocible como ligada a aparatos estatales de poder (la policía, por ejemplo) pero, en otras ocasiones, viene impulsada, al parecer, por elementos organizados de la sociedad civil⁴¹.

Muy probablemente la naturaleza de la Decisión tomada por el Tribunal en una fase todavía muy preliminar de estudio de la “situación”⁴² y la complejidad y dificultad de identificación de los sujetos activos de los distintos crímenes particulares en términos de su adscripción colectiva a una línea de conducta, han generado una interpretación tendente a evitar que la rigidez del elemento estatal pudiera dar lugar a supuestos de impunidad o a la imposibilidad de deslindar posibles líneas diferenciadas de acción⁴³. De cualquier manera, y esto es lo relevante en estos momentos, la mayoría de los magistrados adopta una posición expansiva del contenido del requisito de que el ataque debe inscribirse en una línea de conducta de conformidad con la “política de un Estado o de una organización”. La Decisión, según la mayoría de los jueces, se apoya sobre jurisprudencia previa de la propia Corte Penal Internacional⁴⁴ y también de los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc para la exYugoslavia y Ruanda y en la interpretación que, según su opinión, se deriva de la

⁴⁰ ICC-01/09 31 March 2010, para. 101 ss., 131 ss.

⁴¹ La Cámara aunque reconoce que, en parte, hay una cuota de actividad violenta espontánea al calor del anuncio de los resultados electorales y de violencia de oportunidad aprovechando la situación general de desgobierno, concluye, sin embargo, que la violencia en términos generales fue organizada, planeada y dirigida por varios grupos en los que incluye desde líderes locales, hombres de negocios y políticos asociados a los dos partidos principales, hasta miembros de las fuerzas de policía. ICC-01/09 31 March 2010, para. 117.

⁴² ICC-01/09 31 March 2010, para. 17 ss., donde se explica el sentido de la “Decisión” de revisión por parte de la Cámara de Cuestiones Preliminares de la iniciativa de la Fiscalía, a la luz de las reticencias que mostraron algunos países en los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma por el riesgo de “politización” de la Corte y también el estándar probatorio de los hechos que deben atender (para. 27 ss.) habida cuenta de los límites de investigación a que esta sometida la Fiscalía hasta que se autorice su plena actividad.

⁴³ Esa es la conclusión, por cierto, de la opinión disidente del Juez Hans-Peter Kaul, que no alcanza a ver entre los numerosos incidentes producidos en Kenia una política o una organización que les dote así de ligazón a efectos de poder considerar la existencia de crímenes contra la humanidad. ICC-01/09 31 March 2010, Dissenting Opinion, para. 148 ss.

⁴⁴ ICC-01/09 31 March 2010, para. 84 ss., alude al Caso Katanga y Ngudjolo Chui de la Sala de Cuestiones Preliminares I (ICC-01/04-01/07-717) y al Caso Jean-Pierre Bemba Gombo de la Cámara de Cuestiones

Comisión de Derecho Internacional sobre el borrador del Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad⁴⁵.

También son abundantes las citas de literatura científica que la Decisión invoca en su favor⁴⁶ para finalmente fijar su criterio de la siguiente manera. Respecto del requisito de que el ataque obedezca a una “política estatal” afirma que “no necesariamente debe haber sido concebida al más alto nivel de la maquinaria estatal”⁴⁷ bastando en principio con decisiones políticas adoptadas a nivel regional o local. Es esta una primera interpretación expansiva respecto del aspecto estatal de la política pero va a ser en punto a la organización donde la postura de la Decisión va más lejos. Y es que, aunque reconoce la ausencia de claridad respecto al término dentro del propio Estatuto de Roma o la situación de división de la doctrina científica, niega que la política de la organización tenga que ser necesariamente “equivalente” (*State-like*) a la del Estado: no es relevante, aseguran, la naturaleza formal del grupo o su nivel de organización sino “la capacidad para ejecutar actos que infrinjan valores humanos básicos” lo que permitiría considerar a puros grupos privados constituidos en grupos criminales como susceptibles de cumplir el requisito y poder así cometer crímenes contra la humanidad⁴⁸.

Finalmente, no obstante, añade el Tribunal una serie no cerrada ni exhaustiva de criterios para poder identificar “caso por caso”⁴⁹ qué organizaciones –no estatales– podrían poner en marcha la política típica. En concreto: si el grupo actuó bajo ordenes o según una determinada jerarquía; si dispone de los medios necesarios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; si el grupo ejerce control sobre un determinado territorio del Estado; si el grupo tiene como fin primordial la ejecución de acciones criminales contra la población civil; si el grupo manifiesta de forma expresa o tácita intención de atacar a la población civil; y, finalmente, si el grupo se encuadra, a su vez, en un grupo mayor que cumple los criterios ya mencionados. Se trata, con todo, de un listado abierto (*numerus apertus*) de criterios orientativos y no una lista cerrada y rígida para que el Tribunal

Preliminares II (ICC-01/05-01/08-424) como antecedentes inmediatos que adelantan la definición de lo que debe entenderse por “política de organización”.

⁴⁵ ICC-01/09 31 March 2010, para. 86 ss. y 91.

⁴⁶ ICC-01/09 31 March 2010, para. 90 ss. No cabe en esta contribución entrar al detalle de la solvencia de los argumentos esgrimidos por la mayoría de la Cámara. Pero baste señalar, únicamente, como más adelante resaltaremos, que la Opinión Disidente del Juez Hans-Peter Kaul (ICC-01/09 31 March 2010 Dissenting Opinion para. 50 ss.) pone en tela de juicio, con un estudio más documentado y completo, que la literatura científica pueda avalar la interpretación de la mayoría. Respecto de la evolución jurisprudencial de la Tribunales Ad Hoc en la materia o de la interpretación del Borrador de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad véase, especialmente, el riguroso estudio de SCHABAS, William A., “State policy as an element of international crimes”, *Journal of Criminal Law and Criminology* 98 (2008), *passim*, con una crítica feroz pero muy fundamentada en favor de mantener una interpretación restrictiva del requisito de “política de una organización”.

⁴⁷ ICC-01/09 31 March 2010, para. 89.

⁴⁸ ICC-01/09 31 March 2010, para. 90.

⁴⁹ ICC-01/09 31 March 2010, para. 93.

pueda identificar si el requisito de actuar conforme a una política de organización se ha cumplido o no⁵⁰.

3.4. La Corte Penal Internacional, como vemos, ha dado ya un salto –no sabemos todavía si definitivo– en su jurisprudencia admitiendo la posibilidad de que entidades no estatales, grupos privados, puedan llegar a cometer un crimen contra la humanidad. Con todo, es fundamental señalar los términos limitados de tal declaración.

Se trata, en primer lugar, de una Decisión preliminar adoptada para autorizar una investigación iniciada motu proprio por la Fiscalía y no, todavía, una sentencia en firme y, menos aún, una línea de jurisprudencia nítida y consolidada. Más bien, al contrario, la Cámara de Cuestiones Preliminares II aparece dividida como lo demuestra la opinión disidente del Juez Hans-Peter Kaul. Opinión que, en sus argumentos, es una disección del estado de la cuestión que brevemente se resume de la siguiente manera: en primer lugar, pone en tela de juicio la lectura de los precedentes jurisprudenciales que la mayoría realiza tanto respecto de la propia Corte Penal Internacional como de los Tribunales Ad Hoc; en segundo lugar, relativiza el apoyo de la literatura científica en que se apoya de forma expresa la mayoría de la Cámara dando una imagen de sus posiciones más documentada para, finalmente, avanzar una línea interpretativa del requisito en cuestión como “equivalente a actores estatales”⁵¹. Excluyendo, en cualquier caso, que, por regla general, pudieran llegar a ser sujetos activos del crimen contra la humanidad grupos de criminalidad organizada, la mafia, grupos de civiles armados o bandas criminales⁵².

A la división del Tribunal precisamente en este punto de la “política de la organización” debe sumarse que el tal salto de la mayoría a aceptar a “grupos privados” no es tan nítido como a primera vista podría parecer. Los criterios de gravedad que la Cámara indica y que ya hemos referido (jerarquía, cualidad del ataque, control del territorio...) parecen ser una salvaguarda para poder filtrar, caso por caso, de entre los grupos privados aquellos que presenten una mayor peligrosidad mas allá, de cualquier manera, de la lacónica referencia general e indeterminada⁵³ a la infracción de los “valores humanos básicos”.

A mayor abundancia de argumentos, la situación en Kenia sea cual fuere la calificación jurídica ajustada desde el punto de vista de los crímenes contra la humanidad, reviste una gravedad extrema que es, en sí mismo, otro argumento material a

⁵⁰ ICC-01/09 31 March 2010, para. 93.

⁵¹ ICC-01/09 31 March 2010, Dissenting Opinion, para. 45 ss.; y, respecto de la literatura científica para. 50 ss.

⁵² ICC-01/09 31 March 2010, Dissenting Opinion, para. 52, en donde subraya que la “cualificación” necesaria para que un grupo privado pueda llegar a ser sujeto típico de crímenes contra la humanidad reside esencialmente en los elementos contextuales en que dicho grupo opera y no tanto en la crueldad o masividad de la victimización que genera. Ello le lleva en lo que sigue (para. 53 ss.) a explorar dichos elementos contextuales y la *ratio esendi* del crimen en cuestión.

favor de una interpretación *fuerte* del requisito de la “política de la organización” que puede neutralizar el riesgo de diluir la frontera entre terrorismo y delitos de lesa humanidad. Debe caerse en la cuenta que la controversia entre los magistrados de la Corte de Cuestiones Preliminares II se proyecta, de partida, sobre una situación generalizada de desgobierno y eventual desaparición del normal funcionamiento del Estado que dio lugar a la escalada de violencia tras el anuncio de los resultados electorales en Kenia. Miles de muertos, torturados, violaciones, desplazados en sólo meses...y aun así hay dudas sobre si se trata de un crimen contra la humanidad a efectos de abrir una investigación de la Fiscalía en toda regla. Que el tribunal no haya cerrado la puerta a que grupos no estatales puedan llegar a cometer el crimen de lesa humanidad no quiere decir que haya abierto la puerta de par en par. Otra interpretación entrañaría una banalización y trivialización⁵⁴ inaceptable de lo que son los crímenes contra la humanidad y una confusión de consecuencias nefastas entre lo que puede ser criminalidad organizada y lo que son los crímenes más graves contra la comunidad internacional.

Para finalizar este apartado, no puede desconocerse que la situación de división de la doctrina en punto a que los crímenes contra la humanidad sean aplicados mas allá de actores estatales, cuenta con la oposición de representantes muy cualificados frente a una tal expansión a actores privados. Así SCHABAS, de forma categórica, califica ya de “absurda” una interpretación tan abierta como la que parecen sugerir los pronunciamientos de las Cámaras de Cuestiones Preliminares I y II antes de que se pronunciara esta última en el caso de la situación de Kenia. Entiende SCHABAS que llevar el ámbito de aplicación de la política de una organización más allá de entidades que puedan ser equivalentes al Estado supone el riesgo de extender el crimen de lesa humanidad a todo tipo de organizaciones que podrían ir desde el crimen organizado, bandas de motoristas, clubs sociales, organizaciones de caridad, una célula terrorista y, quizás, hasta asesinos en serie. El riesgo de una tal deriva jurisprudencial, advierte acertadamente el profesor, es que tenga un efecto disuasorio sobre los Estados que podrían ser reacios a firmar y ratificar el Estatuto de Roma y/o aceptar las obligaciones que acompañan a los crímenes internacionales tales como la obligación de juzgar o extraditar (*aut dedere, aut judicare*), ejercer jurisdicción universal o desalentar el uso de amnistías⁵⁵.

⁵³ Denuncia que comparte el Juez Hans-Peter KAUL ICC-01/09 31 March 2010, Dissenting Opinion, para. 45 ss 53.

⁵⁴ Alude al riesgo de banalización y trivialización el juez Hans-Peter KAUL, ICC-01/09 31 March 2010, Dissenting Opinion, para. 55, quien también se refiere a la necesidad de deslindar las meras violaciones de derechos humanos de los crímenes internacionales (para. 53). En la misma línea ya aludía al riesgo de banalización en mi artículo LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, El «nuevo», *op. cit.*, pp. 80, 87 y 88.

⁵⁵ SCHABAS, William A., “Article 7. Crime against humanity”, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2010, pp. 149 ss.; en la misma línea, más centrado en las jurisprudencia de los Tribunales ad hoc para la exYugoslavia y Ruanda y, particularmente en el caso Kunarac (Prosecutor v. D. Kunarac/R. Kovac/Z. Vuconic Judgement IT-96-23 & IT-96-23/1-A 12 June 2002) DEL MISMO, State, *op. cit.*, *passim*. Véase también, mas centrado en el caso particular de los atentados del 11-S,

Pero más allá de argumentos estratégicos, alude SCHABAS a la historia –y sentido de la prohibición– del crimen contra la humanidad como instrumento de escrutinio de la criminalidad estatal a gran escala tal y como ocurrió en el caso del nacionalsocialismo que inspiró, precisamente, el nacimiento del moderno Derecho penal internacional tras el legado de Nuremberg. El hecho de que los Estados pudieran escapar impunes a las atrocidades que cometen abusando de su poder sería el verdadero fundamento del crimen de lesa humanidad⁵⁶. Y, desde esta perspectiva, debe entenderse la afirmación de BASSIOUNI de que el artículo 7 del Estatuto de Roma no viene a proponer una nueva expansión del crimen contra la humanidad a los “actores no estatales” dando una interpretación de lo que debe ser una política de “organización” incluso más radical –por restrictiva– al identificarla directa y únicamente con “organización estatal”⁵⁷

3.5. No cabe entrar con más detalle al debate –jurisprudencial y de la doctrina científica– sobre los límites del crimen contra la humanidad desde el punto de vista de los actores no estatales, ni menos aún al debate sobre las implicaciones que esto tiene respecto de la concepción del crimen contra la humanidad y su ámbito y objeto de protección⁵⁸. El objetivo de las reflexiones previas era dibujar los contornos de la controversia para mostrar que el cuerpo principal de supuestos, la imagen típica central y nuclear, que subyacen al crimen contra la humanidad se ubican en la dinámica de una política estatal, con actores estatales o cuasi-estatales y que, incluso aquellos que parecen estar queriendo expandir dicha prohibición mas allá, sitúan los argumentos sobre la base de hechos de enorme gravedad como son los acaecidos en Kenia en los años 2007-2008 o los atentados masivos del 11-S. Es significativo que incluso CASSESE, situado como hemos visto entre las tesis mas expansivas, cuando propugna la alternativa de considerar al terrorismo como crimen internacional autónomo o como una subespecie del crimen contra la humanidad, manifiesta, sin embargo, con absoluta rotundidad que no estamos hablando de todo tipo de terrorismo sino sólo el “transnacional” y, en el caso de que se quiera

DEL MISMO, “Is terrorism a crime against humanity?”, *International Peacekeeping* 8 (2004), passim. y, de forma resumida y conclusiva p. 261.

⁵⁶ SCHABAS, William A., *State*, *op. cit.*, p. 974.

⁵⁷ BASSIOUNI, M. Cherif, *The legislative history of International Criminal Court: introduction, analysis, and integrated text*, Vol. 1, Ardsley/New York, 2005, pp. 151 y 152, en que el autor incluso parece negar que actores que pudieran ser “equivalentes” al Estado puedan ser considerados sujetos activos del crimen de lesa humanidad (p. 152). Posición esta que el autor ha mantenido, no obstante, con algunas contradicciones tal y como indica KRESS, Paul, “Völkerstrafrecht der dritten Generation gegen transnationale Gewalt Privater?”, *Recht und Militär. 50 Jahre Rechtspflege der Bundeswehr*, ZETZSCHE, Holger/WEBER, Stephan (Ed.), Baden-Baden, 2006, pp. 369 y 370.

⁵⁸ Una buena descripción del estado de la cuestión puede consultarse en KRESS, Paul, *Völkerstrafrecht*, *op. cit.*, pp. 368 ss. Para consultar mi propuesta de bien jurídico a proteger en el crimen contra la humanidad véase LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *El «nuevo»*, *op. cit.*, pp. 81 ss.

considerar como crimen contra la humanidad se trataría, subiendo un escalón más de gravedad, de un supuesto todavía más agravado de terrorismo⁵⁹.

Es importante, por tanto, insistir en que incluso entre quienes defienden las posiciones más proclives a una ampliación del crimen de lesa humanidad se atiende, en lo esencial, a contextos de enfrentamiento entre grupos a gran escala muy alejados de la dinámica de mera actuación de grupos terroristas y menos aún si estos fueran terrorismo doméstico como el de ETA frente a un Estado Social y Democrático de Derecho como el que está en vigor hoy en día en España. Sin embargo, en la política antiterrorista española cada vez parece estar más presente una especie de *vis atractiva* hacia el Derecho penal internacional e incluso a calificar los delitos de terrorismo como crímenes de lesa humanidad o, al menos, como violaciones graves de los derechos humanos. En el apartado siguiente, conviene rastrear esta evolución y proceder a su calificación político-criminal.

4. Política antiterrorista Española y crímenes contra la humanidad: Reflexiones críticas.

4.1. La legislación antiterrorista particularmente a partir de la LO 7/2000 ha sufrido en el Estado Español un endurecimiento sin precedentes. Si cuando se aprueba y entra en vigor el denominado Código penal de la Democracia, en 1995, el ordenamiento jurídico español acumulaba ya una experiencia de política antiterrorista post-dictadura de casi 20 años, la situación ha cambiado radicalmente y de forma extraordinariamente acelerada fundamentalmente en el lapso de tiempo que discurrió desde el año 2000 al año 2003⁶⁰.

Es cierto que ya en el año 1998 (LO 2/1998) comienzan a producirse algunas reformas⁶¹, pero la primera modificación de calado se produce el año 2000 cuando se amplía la definición sustantiva (Derecho penal sustantivo) de lo que es terrorismo hacia más conductas (especialmente colaboración y apología), con penas más duras y se incluye, además, a los menores de edad en el régimen especial antiterrorista⁶².

⁵⁹ CASSESE, Antonio, *International, op. cit.*, pp. 166 y 177. También DEL MISMO, *Terrorism, op. cit.*, p. 995.

⁶⁰ Para una visión de conjunto de todas las modificaciones que se producen desde el año 1998 hasta el año 2004 véase LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, "En torno a las últimas reformas penitenciarias. Con especial atención al tratamiento de conductas delictivas de terrorismo", *Derechos, libertades y razón de Estado (1996-2005)*, Pamplona-Iruña, 2005, pp. 47 ss.

⁶¹ Precisamente la primera reforma que sufrió el llamado Código penal de la democracia tras su entrada en vigor en mayo de 1996 fue mediante LO 2/1998 con el objetivo confeso de atajar la "violencia callejera". Afectó principalmente al art. 170 ampliando las denominadas amenazas colectivas e incorporando la incriminación del reclamo público de acciones violentas por parte de bandas armadas (artículo que ha sido además alcanzado por la LO 15/2003 que endurece la pena del 170.2). También afectó, no obstante, al art. 514.4 y 5 buscando hacer frente a las "contramanifestaciones" (perturbación de manifestaciones-reuniones; convocatoria de manifestación-reunión prohibida). El art. 514.4 por cierto fue también afectado por la LO 15/2003 endureciendo la pena en la medida en que antes era alternativa de prisión o multa y ahora es única: prisión (siempre para los casos de concurrencia de violencia).

⁶² La LO 7/2000 afectó también al Derecho penal juvenil antes de la entrada en vigor de la LO 5/2000

A partir de entonces el círculo se fue ampliando e instaurando una relectura del fenómeno terrorista con el diagnóstico político que subyace a la Ley de Partidos (LO 6/2002) y que acabó, con el tiempo, por incorporar una nueva versión jurídica forense de qué era ETA mucho más allá de los comandos que la integran (el denominado “todo es ETA”) con una ofensiva de ilegalización de organizaciones del denominado “entorno” de dicha banda terrorista de fuego cruzado: tanto desde la Ley de partidos (sentencias de ilegalización y ejecutorias de la Sala Especial del art. 61) como desde los sumarios de la Audiencia Nacional vía suspensión de actividades (ex art. 129 CP) como medida cautelar en una primera fase, o por sentencia más adelante⁶³.

(véase el análisis crítico de GOMEZ RIVERO, María Carmen, “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *Revista Penal* 9 (2002), pp. 3 ss.; y, con más perspectiva el análisis diacrónico de BARQUIN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 18 (2006). pp. 66 ss., pero en este momento nos interesa destacar, sobre todo, la ampliación que operó en las definiciones típicas del Derecho penal de adultos. De forma necesariamente resumida, las modificaciones más importantes en aquel momento fueron las siguientes.

En primer lugar, la relativa al art. 577 (“terrorismo urbano” o “individual”) ampliando tanto las finalidades típicas (inclusión ahora también de los fines “amenazantes” a colectivos como medio de alterar la paz pública o subvertir el orden constitucional) como, sobre todo, respecto de las conductas objetivas del tipo: así la ampliación del tipo por remisión a todos los delitos de daños, cualificados o no, (salvo por imprudencia: art. 267) y delitos contra el patrimonio histórico (art. 323) y desórdenes públicos (art. 560); modificaciones en los delitos de incendio y estragos (art. 346; 351) para posibilitar que conductas sin riesgo para las personas puedan reconducirse a delito de terrorismo por daños; y se añaden como conductas típicas a la detención, depósito o tráfico de armas o municiones, las siguientes: fabricación, **transporte** o suministro de sustancias o aparatos explosivos, inflamantes, incendiarios, asfixiantes o sus **componentes**.

En segundo lugar, debe destacarse la incorporación de un delito de perturbación de plenos que a su vez volvió a ser objeto de reformulación por LO 15/2003 (art. 505).

En tercer lugar, se produce también una modificación del delito de atentado (art. 551.2) incluyendo en su ámbito subjetivo de protección a los miembros de las Corporaciones Locales en la modalidad más calificada.

En cuarto lugar, se produce la inclusión de la figura apologetica del art. 578 (enaltecimiento del terrorismo; vejación de la víctimas) que castiga enaltecer o justificar delitos (también daños del art. 577) o personas; actos de descrédito, menosprecio o humillación de víctimas o familiares de delitos terroristas; con pena de prisión y posibilidad de aplicación de las accesorias del art. 57 (alejamiento...) y aplicación preceptiva de inhabilitación absoluta con una duración entre 6 y 20 años superior a la privación de libertad impuesta por el delito.

Por último, debe destacarse la cláusula general de pena acumulativa de inhabilitación absoluta (art. 579.2) para cualquier delito de terrorismo (incluido el art. 578) de entre 6 y 20 años superior a la pena privativa de libertad impuesta en sentencia (con modificación del art. 40: definición general de la inhabilitación absoluta).

Véase, para un análisis crítico de la LO 7/2000, sólo BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo”, *La Ley* 2001, pp. 1627 ss. También la reflexión de CANCIO MELIA, Manuel, Derecho penal, *op. cit.*, pp. 19 ss.

⁶³ Resulta inabarcable la descripción de los procesos de ilegalización que arrancaron principalmente de lo que se ha venido denominando como el macrosumario 18/98 (proveniente en parte de las Diligencias Previas 77/97) del Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional. Como ejemplo paradigmático, y abusivo, de utilización del artículo 129 para suspender –y clausurar– organizaciones, incluso medios de comunicación, véase DE LA CUESTA, José Luis/MUÑAGORRI, Ignacio (Dir.), *Clausura de medios de comunicación vascos. Egin, Egin irratia, Euskaldunon Egunkaria, Eusko Jaurlaritza/Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2008, passim*. Véase, también, expuesto en perspectiva histórica, DE LA CUESTA, José Luis, “Efforts to put an end to E.T.A.’s terrorism: evolution, present situation and perspective of future”,

Todo ello, para finalizar, con una novación en toda regla del sistema penitenciario pero que, respecto de los delitos de terrorismo, produce un bloqueo casi automático y permanente de los regímenes de semi-libertad (tercer grado y libertad condicional). Una reforma que encubre una pena perpetua a la que sólo le falta el nombre⁶⁴.

4.2. El arsenal punitivo (sustantivo, procesal, penitenciario, ley de partidos...) antiterrorista de España es al día de hoy irreconocible si se compara sólo con el estado de la legislación y la jurisprudencia de hace una década. La evidente ampliación de qué es terrorismo y quién es terrorista, así como el endurecimiento de los castigos y su modo de ejecución saltan a la vista. Pero no parece suficiente. Se detecta en el discurso político y legislativo un humus de insatisfacción como si todavía se necesitara afirmar en el imaginario social de forma aún más contundente la enorme gravedad de este tipo de delincuencia. Sin duda, es precisamente en la política de víctimas donde de manera más palmaria se refleja ese discurso. Veámoslo si quiera brevemente.

En primer lugar son los propios colectivos de víctimas de ETA los que reclaman que se dé al terrorismo el tratamiento correspondiente al crimen contra la humanidad. Resulta especialmente ilustrativo de esta tendencia la reciente publicación conjunta de dos agrupaciones de víctimas muy representativas (Covite y Fundación de Víctimas del Terrorismo) que hacían la propuesta, de cara a la Conferencia de

Annales Internationales de Criminologie. International Annals of Criminology. Anales Internacionales de Criminología 47 (2009), pp. 40 ss. Y la propia Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2010 que en su fundamento jurídico cero señala literalmente:

“Por lo tanto, el cierre provisional o cautelar de Euskaldunon Egunkaria, único diario que existía en euskera, no tenía habilitación constitucional directa y carecía de una norma legal especial y expresa que la autorizara. Por otro lado, el art.129 del código penal, pudiera ser una cobertura incierta e insuficiente porque un periódico diario no admite, como decimos, ser considerado como una empresa cualquiera, además de que la aplicación de esa norma en el sentido indicado puede estar resucitando la vigencia del art. 21.1 LO 9/1984 que fue expulsado del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional.”

Véase, también, la dura crítica de PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 (caso Ekin)”, *La Ley* 6906 (2008), *passim*; y la información y análisis de FERNANDEZ HERNANDEZ, Antonio, *Ley de partidos políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo*, Valencia, 2008, pp. 187 ss.

Sobre los procesos de ilegalización desde la perspectiva de la Ley de Partidos véase, por todos, el exhaustivo estudio de VIRGALA FORURIA, Eduardo, “El recorrido jurisprudencial de la suspensión y disolución de Batasuna: Agosto de 2002 a Mayo de 2007”, *Revista de Derecho Constitucional* 81 (2007), pp. 243-305 en el que hace un repaso del “ingente número de resoluciones judiciales recaídas en relación con el partido político *Batasuna* desde su inicial suspensión penal en 2002 hasta el rechazo a la inscripción en el Registro de partidos de su sucesora ASB en mayo de 2007” (p. 243). Véase, también, FERNANDEZ HERNANDEZ, Antonio, *Ley, op. cit.*, pp. 269 ss.

⁶⁴ Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿Hacia dónde?”, CANCIO MELIA, M./GOMEZ-JARA DIEZ, C. (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Madrid, 2006, *passim*. Véase, también, la reflexión crítica de ASUA BATARRITA, Adela, “El “cumplimiento integro y efectivo de las penas”: un slogan efectista contra el principio constitucional de reinserción social”, *Revista Bake Hitzak* 50 (2003), pp. 23 ss.

Revisión del Estatuto de Roma⁶⁵, de, o bien incluir el terrorismo como crimen internacional sobre el que la Corte ejerza su competencia, o bien incluirlo como subtipo del propio crimen contra la humanidad del artículo 7 del Estatuto de Roma⁶⁶.

En el plano legislativo esa reivindicación ha encontrado eco nada menos que en la Ley de Víctimas del País Vasco de 2008⁶⁷ de cuya Exposición de Motivos, por la importancia que tiene y pese a su extensión, paso a reproducir el siguiente extracto:

“La ley tiene una doble dimensión. Por un lado,(...). Pero, por otro, y como aspecto más novedoso, se incorpora una parte que trata de compendiar los principios generales que informan el conjunto de derechos de estas víctimas desde una perspectiva ética y política.

Para el desarrollo de esta segunda dimensión de la ley, plasmada en su título II, se han tomado como fuente de inspiración documentos internacionales, de Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Unión Europea, sobre la protección de las víctimas ante violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos.

La práctica y la jurisprudencia internacional y comparada han demostrado claramente que puede haber violaciones graves de los derechos humanos perpetradas por grupos privados que actúan al margen del Estado, al igual que, en ocasiones, se ha demostrado que algunos de estos grupos privados pueden actuar con el asentimiento del propio Estado o de sectores del mismo.

En el caso vasco, estamos ante varias décadas de violencia terrorista, con casi un millar de personas asesinadas; violaciones constantes de derechos esenciales como la vida, la integridad física o psíquica, la libertad de expresión o la seguridad personal. Podemos hablar, por tanto, de la existencia de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, tanto las cometidas por el terrorismo de

⁶⁵ Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma que finalizó el día 11 de junio de 2010 en Kampala (Uganda) y en la que, fundamentalmente, se aprobó, por una parte, una resolución que enmienda dicho Estatuto al definir el crimen de agresión y determinar las condiciones bajo las cuales la Corte penal ejercerá su competencia respecto del mismo (RC/Res. 6, 11/06/2010); y, por otra parte, se incluye asimismo alguna modificación de los crímenes de guerra (RC/Res. 5, 10/06/2010). No se incorpora, sin embargo, ninguna modificación ni enmienda del artículo 7 referido a los crímenes contra la humanidad ni menos aún con relación a delitos de terrorismo.

⁶⁶ BOU FRANCH, Valentín/FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍLA, Carlos, Inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte penal internacional. (Una propuesta del Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, COVITE, para la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional), Covite-Fundación de Víctimas del Terrorismo, Minimagencia Editions, 2009, pp. 117 ss. y *passim* (Disponible en la red http://www.covite.org/fundacion_victimasdelterrorismo.pdf).

La reivindicación se remonta tiempo atrás. Véase, por todos, la intervención del Defensor del Pueblo Español (hermano de una víctima del terrorismo de ETA) MUGICA HERZOG, Enrique, *Terrorismo: crimen contra la humanidad. Conferencia inaugural del Seminario “España y el terrorismo del siglo XXI”*, Madrid, 2004, *passim* (el documento está disponible en la red http://www.defensordelpueblo.es/herramientas/admin_eventos/uploads/Seminario28_10_04.pdf).

⁶⁷ LEY 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo (Boletín Oficial del País Vasco num. 124, 1 julio 2008).

ETA como las protagonizadas en el pasado por los grupos de extrema derecha y el propio GAL.

En este sentido, no se trata de llevar a cabo una transposición al Derecho interno de normas de carácter internacional, sino tan solo de reconocer la conexión interpretativa y doctrinal de las disposiciones recogidas fundamentalmente en el mencionado título II del texto legal.

Una de las consecuencias claras y evidentes de esta inspiración se refleja en la definición de derechos de las víctimas. No es baladí que la presente ley trate a las víctimas del terrorismo como sujetos de derechos, aunque el contenido de estos sea esencialmente programático. Y así se enuncia precisamente el mencionado título II.

Acogiendo las referencias de los instrumentos internacionales en la materia, afirmamos que los derechos de las víctimas que se originan ante violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos reposan sobre tres pilares básicos, a saber: derecho a la verdad, derecho a la justicia y derecho a la reparación.(...)”

La larga cita trasluce un diagnóstico de la delincuencia terrorista de ETA – aunque también, con menor énfasis, del terrorismo proveniente de grupos vinculados al Estado como el GAL⁶⁸ – en términos de “violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”⁶⁹. Para el legislador vasco, al parecer, no ofrece duda algu-

⁶⁸ No cabe entrar, en el marco de esta contribución, al análisis más detallado de la Ley 4/2008 de Víctimas del Terrorismo del País Vasco. Baste con indicar que las referencias a los distintos terrorismos domésticos –de ETA o del Estado– no encuentra ni en la letra del articulado, ni en sus previsiones ni en su aplicación un tratamiento equitativo sino preferencial y, en ocasiones, exclusivo respecto de las víctimas de ETA. Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, *Indarkeria politikoaren ondorioz izandako giza eskubideen urraketen biktimak. Víctimas de vulneraciones de derechos humanos derivadas de la violencia de motivación política. Victims of human Rights violations derived from politically motivated violence*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009, *passim*, en el que, ante la ausencia incluso de registro oficial de cuáles son las víctimas de la violencia de motivación política que no provengan del terrorismo de ETA (conculcaciones del derecho a la vida y a la integridad física a resultas del abuso policial o de grupos terroristas o de “incontrolados” vinculados al Estado o que contaron con su connivencia e impunidad) se hace una identificación preliminar del listado de víctimas, del catálogo de derechos que debería corresponderles, de su estado de incumplimiento y un diagnóstico sobre las necesidades de atención y medidas de reparación que urge desplegar. No deja de resultar paradójico que la Ley 4/2008 se afane por buscar y forzar hasta el extremo una analogía en el tratamiento de las víctimas de ETA con la hoja de ruta a seguir ante las violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario que, naturalmente, debe aplicarse, no a grupos privados como ETA, sino a las violaciones protagonizadas por el Estado y sean precisamente estas últimas víctimas las grandes olvidadas y ausentes de la Ley al quedar desplazadas del discurso legal y de su praxis aplicativa.

⁶⁹ Ni siquiera el Proyecto de Ley de Víctimas de España (CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, 23 julio 2010, *op. cit.*) llega tan lejos al no calificar de “sistemáticas” las violaciones de derechos humanos que sin embargo sí se asocian, de una forma eso sí mucho más matizada, a los delitos de terrorismo. En concreto señala su Exposición de Motivos:

“Esta ley asume igualmente una idea relativamente novedosa, que impregna todo su articulado y es que las víctimas del terrorismo son, en efecto, víctimas de violaciones de derechos humanos. Esta tesis refuerza sin duda el estatus normativo de la víctima, vinculando sus derechos a los valores constitucionales y

na que los crímenes terroristas de índole doméstico integran nada menos que violaciones “graves y sistemáticas” de los derechos humanos que le lleva a buscar inspiración en los documentos internacionales de Naciones Unidas sobre la materia⁷⁰.

La ley vasca no identifica directamente el terrorismo doméstico de ETA con los crímenes contra la humanidad aunque en esa dirección se ha dado otro paso, recientemente, a nivel estatal, en la reforma penal que finalmente se ha aprobado por LO 5/2010 y que declara imprescriptibles algunos de los delitos más graves de terrorismo⁷¹. Esta declaración de imprescriptibilidad trae causa, precisamente, de una proposición de ley presentada por el Grupo Mixto en el que se intenta fundamentar el discurso de equiparación de los delitos de terrorismo con los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra⁷².

Sin embargo, no es ya en el plano legislativo, sino en el puramente jurisprudencial donde se ha llegado más lejos, aunque de manera relativamente aislada, en los esfuerzos por calificar el terrorismo doméstico de ETA como un crimen de lesa humanidad. En concreto, como resalta FERNANDEZ HERNANDEZ, cuando el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional acuerda, dentro del sumario 35/2002, la suspensión de actividades de los partidos políticos Herri Batasuna-Euskal Herritarrok-Batasuna (Auto 26 agosto 2002) se llega a afirmar en la descripción de los hechos lo siguiente:

“(…) todas estas acciones han sido sistemáticamente dirigidas contra sectores de la población definidos y, a veces, de forma indiscriminada, por lo que no debe

universales de las sociedades abiertas y democráticas y señalando correlativamente obligaciones jurídicas vinculantes para el Estado que aseguran la adecuada compensación de quienes han sufrido el terrorismo.”

⁷⁰ Esencialmente, entonces, los denominados “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147 de 16 de diciembre de 2005. Documento que, como es conocido, está inspirado y se proyecta esencialmente como estándar de escrutinio de las obligaciones de los ESTADOS frente al Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario y, particularmente, frente a las dificultades para las víctimas que se derivan de la impunidad que los aparatos estatales son capaces de generar cuando estos protagonizan y/o encubren los más graves crímenes internacionales. Véase, al respecto, recientemente, VAN BOVEN, Theo, “Victim rights to a remedy and reparation: the new United Nations principles and Guidelines”, *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity. Systems in place and systems in the making*, FERSTMAN, Carla/GOETZ, Mariana/STEPHENS, Alan (ed.), Leiden/Boston, 2009, pp. 19 ss.; especialmente pp. 32 ss. en relación con el significado de los términos “gross” and “serious violations”.

⁷¹ LO 5/2010, Artículo Único, apartado Trigésimo quinto, modifica el párrafo segundo del artículo 133 del Código Penal en los siguientes términos:

“Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona.”

⁷² A instancias de la Diputada Doña Rosa Díez. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, IX Legislatura, Serie B, 30 mayo 2008, Núm. 109-1 Proposición de Ley de reforma del Código Penal para declarar imprescriptibles los delitos graves del terrorismo (Orgánica).

dudarse de calificar las acciones de la organización terrorista ETA, en la que se encuadra HB-EH-Batasuna, como crímenes contra la humanidad”⁷³.

4.3. Baste lo expuesto para dar una idea del alcance –y ramificaciones legislativas y jurisprudenciales– de la pretensión –emergente– por equiparar sin distinguos ni matices “el terrorismo”, particularmente el de ETA, con violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y, en particular, con los crímenes contra la humanidad.

Ahora bien, esta evolución en la discusión del tratamiento del terrorismo en España no puede tildarse sino de “muy particular” a la luz de los términos en que se plantea en la doctrina jurídico-penal internacional ya expuesta⁷⁴ y, según la cual, los crímenes contra la humanidad son un asunto fundamentalmente de Estados. Frente a esa regla general, y como excepción, los puntos de “interferencia” posible entre el crimen contra la humanidad y el terrorismo de organismos no estatales se sitúan en relación al terrorismo internacional y de máxima gravedad. No por tanto respecto de cualquier terrorismo y, en ningún caso del doméstico. Ya indicábamos que sólo al calor de supuestos tan excepcionales como los atentados contra las torres gemelas en Nueva York se ha avivado la polémica de si tales delitos pueden calificarse como crímenes de lesa humanidad. Igualmente señalábamos que la situación en Kenia, objeto de consideración en estos momentos por la Corte Penal Internacional, plantea la posibilidad de que grupos privados, esto es, no ligados necesariamente a aparatos estatales, puedan llegar a cometer crímenes internacionales (de lesa humanidad, genocidio, de guerra) para los que el Tribunal es competente. Respecto de la situación en Kenia, hay dudas, división en la propia Corte y gran polémica doctrinal, y, con eso y con todo, son hechos en que se registran miles de muertos, desplazados, delitos sexuales, torturados, en períodos de tiempo de dos meses con una suspensión de facto de los mecanismos de organización y control propios de un Estado.

El estado de la discusión y de evolución del Derecho penal internacional no resiste, ni en los puntos más extremos y de vanguardia, una comparación seria de equivalencia entre los delitos del terrorismo doméstico de ETA y los crímenes de lesa humanidad. Pretender que la banda armada ETA debe calificarse como “actor no estatal” (*non state actor*) o grupo privado que comete violaciones “sistemáticas” de derechos humanos en el sentido típico de los crímenes internacionales más graves, particularmente contra la humanidad, es sencillamente insostenible. Tampoco son comparables la dimensión cuantitativa ni cualitativa de los hechos delictivos de que se ha ocupado la reciente historia del Derecho penal internacional (nacional-socialismo alemán y el holocausto, jemerres rojos en Camboya, envenenamientos masivos de la población kurda en 1988, limpieza étnica en la

⁷³ FERNANDEZ HERNANDEZ, Antonio, *Ley, op. cit.*, pp. 233 y 234; también p. 211.

⁷⁴ Véase *supra* apartados 2 y 3.

exYugoslavia, Ruanda...) respecto de los crímenes de terrorismo en general⁷⁵. Podríamos sentar la conclusión de que pretender que los delitos de terrorismo de ETA sean equivalentes a un crimen internacional de lesa humanidad es, al día de hoy, voluntarista y, como mínimo, manifiestamente distante de los términos generales del estado de la doctrina y la jurisprudencia internacional⁷⁶.

4.4. Sentado lo precedente, aunque quisiéramos hacer abstracción de las diferencias entre ambos tipos de delitos, tampoco están claros los beneficios que para la lucha contra el terrorismo podrían derivarse de la eventual inclusión del mismo entre los crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional pudiera llegar a ser eventualmente competente.

Y es que, en primer lugar, no parece haber un problema de impunidad en materia de delitos de terrorismo. Como indica SCHABAS, la justicia internacional busca principalmente acabar con la impunidad de los crímenes protagonizados por los Estados a gran escala. Pero, en materia de delitos de terrorismo, es evidente que la voluntad estatal en su persecución y la eventual mejora de la lucha antiterrorista pasa, en términos utilitaristas, por incrementar la cooperación internacional y no insistir en un definición de tales delitos como crímenes internacionales para así acudir a la jurisdicción universal o propiciar su persecución ante Tribunales Penales Internacionales⁷⁷.

El Estatuto de Roma no deja de ser un mecanismo muy limitado que instituye una jurisdicción complementaria (artículos 1 y 17) que actúa única y exclusivamente cuando la jurisdicción nacional no puede o no quiere conocer de tales crímenes. La justicia penal internacional es, por tanto, hoy por hoy un sustitutivo –o un complemento– excepcional y en fase emergente que, aunque pretende cubrir esferas de impunidad de los más graves crímenes, no dispone ni siquiera de los medios materiales, económicos o jurídicos para aproximarse a los estándares de funcionamiento y efectividad de las jurisdicciones nacionales⁷⁸.

SLOANE advierte de forma certera sobre los riesgos de establecer una “analogía” entre el Derecho penal internacional y los derechos nacionales que desconozca de raíz las diferencias fundamentales entre ambas jurisdicciones⁷⁹ y, de forma

⁷⁵ Véase sólo ICC-01/09 31 March 2010, Dissenting Opinion, para. 61 ss.

⁷⁶ Resulta, por ello, inaudito y chocante que la Exposición de Motivos de la Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo (Boletín Oficial del País Vasco num. 124, 1 julio 2008) afirme, de forma tajante, que los crímenes de ETA y del GAL u otros grupos similares de extrema derecha constituyen “violaciones graves y sistemáticas” de los derechos humanos. Y ello, por mucho que incardinan el discurso legal de referencia a la normativa internacional del tratamiento de las víctimas de tales delitos mediante una referencia “analógica”, pues no evitan el eventual equívoco de que se esté usando esa terminología (violación *sistemática*) en el sentido *fuerte* en que se aplica a los más graves crímenes contra la comunidad internacional.

⁷⁷ SCHABAS, William A., *State, op. cit.*, p. 974.

⁷⁸ Véase, sólo, SLOANE, Robert D., “The expressive capacity of international punishment: the limits of the national law analogy and the potencial of international criminal law”, *Stanford Journal for international law* 43 (2007), pp. 47 ss., especialmente, p. 52.

⁷⁹ Diferencias que, de forma sintética, apuntan, en primer lugar, al hecho de que el Derecho internacional

particular, subraya que precisamente esas diferencias determinan que en el campo de los fines de la pena resulte todavía aún más difícil, en contraste con las jurisdicciones internas, que los Tribunales Penales Internacionales puedan resultar idóneos y eficaces para lograr los efectos retributivos o preventivos que se predicen de cualquier sistema penal⁸⁰. Todo ello hace desembocar a SLOANE, recogiendo un diagnóstico que se va extendiendo en la doctrina⁸¹, en una conclusión que compartimos: a saber, que es el aspecto expresivo del castigo en los tribunales penales internacionales su mayor potencial. Afirma este autor que la dimensión expresiva del castigo es la que mejor captura la naturaleza de la aplicación del Derecho penal internacional y su capacidad real en términos institucionales para marcar la diferencia respecto de las jurisdicciones domésticas habida cuenta de su situación legal, política y de recursos. El castigo en el Derecho penal internacional no se impone sólo para buscar un sufrimiento o, en primer término, para satisfacer fines preventivos o para saldar una deuda con la sociedad, sino que se convierte en un mecanismo convencional para expresar actitudes de resentimiento e indignación y un juicio de desaprobación y reprobación de parte tanto de la autoridad punitiva, como de aquellos “en cuyo nombre” el castigo se impone. La pena, de forma resumida, tiene

penal se dirige, no a una comunidad única, sino a un conjunto de comunidades (étnicas, nacionales...) diferentes y, a la vez, a la denominada comunidad internacional que no es monolítica, sino que se integra por distintos espacios que compiten entre sí y tienen intereses diversos. Ello determina que el Derecho penal internacional está en una posición que le obliga a mediar entre todos estos sectores regulativos –nacionales e internacionales–. En segundo lugar, otra gran diferencia debe situarse en el carácter colectivo de los crímenes de que se ocupa el Derecho penal internacional: carácter colectivo de la víctima y del perpetrador. Y, por último, la que hace referencia al diferente contexto normativo del crimen internacional que es excepcional en comparación con la situación de normalidad y estabilidad en que se desenvuelve el Derecho penal nacional. SLOANE, Robert D., *The expressive*, *op. cit.*, pp. 40 ss., también 56 ss.

⁸⁰ SLOANE, Robert D., *The expressive*, *op. cit.*, pp. 39, 40, 71 ss., remarca la inexistencia de una filosofía punitiva suficiente articulada en el Derecho penal internacional debido, al menos, a dos factores esenciales: en un plano más teórico la gravedad de los crímenes de que se ocupa propicia una respuesta más de índole moral-intuitivo con el efecto de acabar relegando un debate que podría verse tildado peyorativamente de académico (p. 39); en el plano práctico se refiere el autor a una evidente ausencia de regulaciones positivas (en los Estatutos de los tribunales) que hagan referencia a los fines de la pena o a la fase final de emisión de sentencia (pp. 39 y 40). Es este un debate de enorme calado que apenas puede quedar aquí apuntado y que afecta a la reconsideración de la factibilidad y legitimidad de los fines retributivos y preventivos con base en el cambio de paradigma que implica una jurisdicción internacional. Para un análisis muy crítico, sintético y actualizado sobre las enormes dificultades para que los Tribunales Internacionales puedan llegar a cumplir con eficacia pretensiones retributivas o preventivas en términos ni siquiera similares a los de los derechos penales domésticos véase DEINDRE, Golash, “The Justification of punishment in the international context”, *International Criminal Law and Philosophy*, MAY, Larry/ HOSKINS, Zachary (ed.), Cambridge, 2010, *passim*.

⁸¹ Por todos, TALLGREN, Immi, “The sensibility and sense of International criminal law”, *European Journal of International Law* 13 (2002), *passim*, con un agudo análisis de los aspectos preventivos o retributivos destacando, de forma conclusiva, los potenciales simbólicos del Derecho penal internacional. También DRUMBL, Mark, “Collective violence and individual punishment: the criminality of mass atrocity”, *Northwestern University Law Review* 99 (2004-2005), pp. 592 ss. Más recientemente LUBAN, David, “Fairness to rightness: jurisdiction, legality, and the legitimacy of international criminal law”, *The philosophy of international law*, BESSON, Samantha/TASIOULAS, John (ed.), Oxford, 2010, p. 576.

en este ámbito una *significación simbólica (sic)* mucho más acentuada que en otro tipo de castigos⁸².

4.5. Las reflexiones y conclusiones de SLOANE apuntan a una tesis central que compartimos y que resulta clave tanto para comprender la “vis atractiva” que la jurisdicción internacional ejerce sobre determinados colectivos sociales (así, en este caso, las víctimas del terrorismo), como para rechazar que dicha jurisdicción deba ocuparse de los delitos de terrorismo. La capacidad expresiva del Derecho penal internacional, parece una evidencia, refuerza su imagen como escaparate mundial de la justicia en el mundo. Esa preeminencia de lo expresivo y lo simbólico, no importa que provenga de la imposibilidad o inoportunidad de servir a otros fines, parece un “canto de sirena” difícil de no atender por los auténticos paganos de los crímenes terroristas –las víctimas– que buscan así, consciente o inconscientemente, su lugar en otro foro donde sea posible seguir canalizando su comprensible rabia y frustración.

Ello nos conecta con los aspectos expresivos del fenómeno terrorista⁸³ en el que, por encima de todo, lo más característico en términos definitorios es el daño colectivo que provoca más allá de las víctimas individuales que genera y su dimensión político-comunicativa. Es como si, al pretender que los delitos de terrorismo pasen a ser de competencia de la jurisdicción penal internacional, se quisiera aprovechar esa plataforma internacional y universal que son los Tribunales Penales Internacionales, para contrarrestar los mensajes que acompañan a la praxis del terror criminal. Es este un aspecto descriptivo de la tendencia a internacionalizar la causa antiterrorista que, sin embargo, se desliza por la peligrosa pendiente de los inconvenientes que se anudan a una utilización del Derecho penal puramente simbólico en sentido negativo⁸⁴; y que, además, entrañan, en el caso que nos ocupa, el riesgo de arrastrar a todo el naciente entramado del Derecho penal internacional a una politización que muy probablemente acabaría con sus potencialidades de futuro⁸⁵.

⁸² SLOANE, Robert D., *The expressive*, *op. cit.*, pp. 42 y 70. Debe señalarse que el autor se refiere también en su hipótesis de partida y conclusión a la pena de “prisión” que los tribunales internacionales pueden aplicar como un aspecto esencial de su análisis que le lleva a defender la primacía del carácter expresivo como un puente entre el Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los derechos humanos (pp. 42, 44, 70 y 71).

⁸³ Véase *supra*, apartado 1.

⁸⁴ Como indica HASSEMER, Winfried, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1989, pp. 555 ss., el calificativo de Derecho penal “simbólico” como tal no puede entenderse en todo caso como un reproche. Sólo en la medida en que se produzca una contradicción objetivamente desproporcionada entre efectos latentes y manifiestos de la ley penal, entre apariencia y realidad, con un componente de engaño, cabe hablar de Derecho penal simbólico en sentido crítico.

⁸⁵ El riesgo de politización es el que, entre otros factores, disuadió finalmente de considerar al terrorismo como crimen competencia del Tribunal Penal Internacional en los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma. Por todos, SAUL, Ben, *Defining*, *op. cit.*, p. 182. También SCHABAS, William A., Article 7, *op. cit.*, pp. 149 ss., quien se hace eco del efecto disuasorio respecto de ampliar el número de Estados ratificantes del Estatuto de Roma que podría tener una apertura sin límites a agentes no estatales del crimen contra la humanidad.

4.6. Son muchos los argumentos acumulados: inadecuación de la discusión española al estado de la discusión jurídico-penal internacional sobre los crímenes contra la humanidad; el riesgo de banalización de los grandes crímenes internacionales de la historia –negra– de la humanidad (holocausto judío, genocidio camboyanos, genocidio ruandés, limpieza étnica en la exYugoslavia...); cuestiones de carácter utilitario sobre la ineficacia de acudir a tal foro; imposibilidad de alcanzar los fines de la pena, el riesgo de politización y utilización puramente simbólica...pero hay una última consideración, ya final, que merece la pena al menos ser apuntada.

Como decíamos al principio de esta contribución, la tendencia a equiparar los crímenes del terrorismo de ETA con los delitos de lesa humanidad como violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos parece buscar un objetivo político-criminal de mayor endurecimiento de la respuesta punitiva. Enlaza esta corriente reivindicativa con tendencias legislativas o jurisprudenciales expansivas que no hacen sino reforzar los contornos de derecho excepcional y del enemigo. Ahora bien, no es éste el único efecto en términos macrosociales que de una tal tendencia se puede esperar. La relectura “inflacionista” de la realidad de lo que supone el terrorismo de ETA y su ubicación en el imaginario social y de las políticas de víctimas o punitivas como violación grave y sistemática de los derechos humanos, incluso de lesa humanidad, distorsiona de raíz el diagnóstico real de los problemas de enfrentamiento que se dan en la sociedad vasca. Una aplicación en serio y en línea de coherencia con la identificación del terrorismo y el crimen de lesa humanidad llevaría, está llevando, a un desequilibrio en las políticas jurídicas que son necesarias para ir preparando una futura reconciliación en el País Vasco⁸⁶. En el País Vasco no hay un genocidio, ni un crimen contra la humanidad en marcha. Pero sí hay, además de la actividad terrorista de ETA, un pasado pre-constitucional y, en parte, post-constitucional, en que los aparatos del Estado –o grupos que contaban con su connivencia e impunidad– han protagonizado violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que, hasta ahora al menos, han pasado por un modelo de transición de olvido y punto final⁸⁷. No puede falsificarse la realidad del terrorismo de ETA como crimen contra la humanidad y aplicarlo retroactivamente, reescribiendo la historia, por encima y al margen de la responsabilidad del Estado por las múltiples violaciones de derechos humanos que por no estar, no están ni registradas oficialmente. Abusar, por tanto, de la excepción de que se pueda considerar en casos extremos que actores no estatales pueden llegar a protagonizar crí-

⁸⁶ En particular en las políticas de víctimas. Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, *Indarkeria, op. cit., passim*.

⁸⁷ Véase, por todos, GIL GIL, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, 2009, pp. 48 ss. Más recientemente, DE LA CUESTA, José Luis, “Spanish legislation on historical memory”, *The pursuit of International Criminal Justice: a World study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*, BASSIOUNI, Cherif (ed.), Antwerp/Oxford/Portland, 2010, pp. 987 ss.

menes contra la humanidad o violaciones muy graves de los derechos humanos cuando, al mismo tiempo, las provenientes del Estado no son atendidas, constituye un ejercicio de “blanqueo de sepulturas” inaceptable. Debe evitarse, en definitiva, que el discurso de los derechos humanos sea manipulado por el Estado para zafarse de sus responsabilidades y obligaciones internacionales al respecto⁸⁸.

Sirva esta última reflexión únicamente para poner de manifiesto las múltiples y profundas implicaciones que sobre la futura convivencia y reconciliación en el País Vasco y en España, puede llegar a tener una consideración “en serio” de las políticas respecto de ETA como si se tratara de un crimen contra la humanidad. Repercusión que, además, tendría un efecto de relectura del pasado condicionando también las políticas de memoria⁸⁹. La cautela, por tanto, en la inflación terminológica respecto de las políticas de víctimas o de represión penal del terrorismo en España no se requiere únicamente por respeto al principio de taxatividad en la delimitación de esferas típicas diferenciadas, o para evitar una banalización de los verdaderos crímenes contra la humanidad, o para detener su efecto multiplicador respecto del derecho penal del enemigo, o para evitar una interferencia distorsionadora en el discurso de los derechos humanos y en el naciente Derecho penal internacional sino, también, para poder sentar bases equitativas en la futura reconciliación y recuperación del tejido social en el País Vasco y en España⁹⁰.

⁸⁸ CLAPHAM, Andrew, *Human Rights, op. cit.*, pp. 2 y ss., al analizar el estado de la cuestión sobre las tendencias en torno a la posibilidad de aplicar los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario a sujetos diferentes de los Estados, se hace eco, como una de las objeciones principales a esta ampliación, de los recelos que han acompañado en los últimos veinte años al movimiento pro derechos humanos por el riesgo de que la aplicación de tales obligaciones a los actores no estatales, concretamente, a los grupos armados de oposición, pueda llevar a que dicho movimiento reivindicativo acabe en manos de gobiernos que quieren desviar la atención del debate sobre derechos humanos a sus violaciones por grupos rebeldes o terroristas.

⁸⁹ Se hace eco de la “contaminación” que ejerce el terrorismo sobre el tratamiento de las víctimas del franquismo GIL GIL, Alicia, *La justicia, op. cit.*, pp. 95 ss.

⁹⁰ Siguiendo a MARTIN BERISTAIN, Carlos/PAEZ ROVIRA, Darío, *Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social. Experiencias internacionales y el desafío vasco*, Madrid, 2000, pp. 63 ss.