

TERRORISMO Y CONTRATERRORISMO
EN EL SIGLO XXI
Un análisis penal y político criminal

Guillermo Portilla Contreras (Dir.)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Dir.)

TERRORISMO Y CONTRATERRORISMO EN EL SIGLO XXI

Un análisis penal y político criminal

Universidad de Salamanca
Salamanca, España



RATIO LEGIS

Financiado por:
Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional" (DER 2012 - 31368)



AUTORES DE LA OBRA

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO

DÍAZ GÓMEZ, ANDRÉS

GARCIA ARAN, MERCEDES

GARCÍA RIVAS, NICOLÁS

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L.

LAMARCA PÉREZ, CARMEN

MENDOZA CALDERÓN, SILVIA

MIRA BENAVENT, JAVIER

OLLÉ SESÉ, MANUEL

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO

PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL

VERVAELE, JOHN A. E.

RELATORES: Ballesteros Sánchez, Julio; Carrillo del Teso, Ana; Palomero Rojo, Luz María, Ruiz Arias, Miriam; Serrano Suárez, Stephania.

© Los autores

Edita: Ratio Legis Librería Jurídica
Paseo de Francisco Tomás y Valiente, n.º 14, local 3. Tel.: (34) 923 227 037
37007 Salamanca
www.ratiolegis.net

I.S.B.N.: 978-84-16324-24-8
Depósito Legal: S. 108-2016

Impresión_
www.iberoprinter.com

Reservados todos los derechos. Está prohibido, bajo las sanciones penales y el resarcimiento civil previstos en las leyes, reproducir, registrar o transmitir esta publicación, íntegra o parcialmente, por cualquier sistema de recuperación y por cualquier medio, sea mecánico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o por cualquier otro sistema.

Índice

INTRODUCCIÓN.	
GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS.	11
I. LA CRIMINALIZACIÓN DEL RADICALISMO Y EXTREMISMO EN LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA.	
ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA	17
II. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y TEORÍA DEL DERECHO.	
EDUARDO DEMETRIO CRESPO	35
III. EL DELITO DE TERRORISMO COMO CRIMEN INTERNACIONAL: SU CONSIDERACIÓN COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD.	
SILVIA MENDOZA CALDERÓN	47
IV. UNA MODESTA PROPOSICIÓN PARA DEROGAR LOS DELITOS DE TERRORISMO (O CASI).	
JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN	61
V. LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA Y DELITO DE TERRORISMO.	
NICOLÁS GARCÍA RIVAS	87
VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS DELITOS DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO.	
JAVIER MIRA BENAVENT	103
VII. SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y CONTRATERRORISMO.	
JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC	115
VIII. POLÍTICA ANTI-TERRORISTA Y LÍMITES DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL CASO DE LA ENTREGA EXTRA-ORDINARIO.	
JOHN A. E. VERVAELE	137
IX. LA PERMANENTE SUSPENSIÓN DEL DERECHO: LA HABILITACIÓN JUDICIAL DE LA TORTURA Y EL AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL 336/2014, 17 DE NOVIEMBRE DE 2014, SOBRE VUELOS IRREGULARES DE LA CIA EN ESPAÑA.	
GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS.	155

X. LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA Y DELITOS DE TERRORISMO: LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS.	
CARMEN LAMARCA PÉREZ.....	173
XI. PROTAGONISMO DE LA VICTIMA Y DELITOS DE TERRORISMO.	
MERCEDES GARCIA ARAN	193
XII. LÍNEAS POLITICO-CRIMINALES DE LA EJECUCIÓN PENAL DE PERSONAS CONDENADAS POR DELITOS DE TERRORISMO.	
ANDRÉS DÍAZ GÓMEZ.....	205
XIII.A PROPÓSITO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL Y TRASLADOS DE PENADOS POR TERRORISMO.	
MANUEL OLLÉ SESÉ.....	227
CONCLUSIONES: Ballesteros Sánchez, Julio; Carrillo del Teso, Ana; Palomero Rojo, Luz María, Ruiz Arias, Miriam; Serrano Suárez, Stephania.....	241

PRÓLOGO

GUILLERMO PORTILLA

Desde hace unos años se observa la progresiva legitimación del reingreso de la teoría del estado de excepción de CARL SCHMITT, el concepto de enemigo injusto y la guerra justa como manifestación primigenia de un Derecho penal que, de ese modo, se militariza. Se justifica la existencia de no-personas para el derecho, la permisividad de la tortura practicada en el estado de naturaleza, un escenario en el que todo es válido contra el enemigo en la búsqueda de la seguridad cognitiva de los “ciudadanos”. En definitiva, se ha generado la cobertura perfecta al regreso del decisionismo soberano. Comenta AGAMBEN que la creación de espacios cerrados en los que se produce el abandono del derecho no es ahora una excepción sino la forma habitual de establecer las relaciones jurídicas. Bien es cierto que, posiblemente, la excepcionalidad siempre fue la regla de la modernidad: los vuelos secretos de la CIA, los nuevos campos de concentración de Guantánamo, las cárceles y los centros secretos de Polonia, etc., son los lugares ahora elegidos para suspender el derecho, las garantías jurídicas, el sitio en el que la violencia fundadora del no-derecho se transforma en una contraviolencia preventiva legalizada. Una excepcionalidad trascendida de un derecho que se suspende a sí mismo cuando el “príncipe” decide la existencia de un peligro para la conservación del Estado.

Si sorprende la existencia de una legislación que anula constantemente las garantías, aún resulta más asombroso encontrar un sustento jurisprudencial y doctrinal que avala -no sólo reconoce- la existencia de un Derecho garantístico para personas y otro, sin los clásicos derechos, para las no-personas. En los últimos años, se observa una acentuada tendencia que, basándose en el modelo del “enemigo”, en una legislación de guerra, intenta legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías, la flexibilización de la teoría jurídica del delito y los principios procesales que han contribuido a la defensa de la persona: bien jurídico, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, el fundamento de un proceso legal, el principio *nemo-tenetur*, el derecho a un proceso justo etc.

Uno de los grandes artífices de esta totalitaria construcción doctrinal, GÜNTHER JAKOBS se planteó la interrogante de si puede llevarse a cabo una guerra contra el terrorismo con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Su respuesta fue contundente, un Estado de Derecho no puede responder adecuadamente a esos riesgos porque ello le obligaría a tratar a sus enemigos como personas y no como fuentes de peligro. Por esa razón, este autor aboga, no por un Estado de Derecho perfecto sino por un Estado de Derecho óptimo en la práctica, esto es, un Estado que tenga la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos a los que retira la condición de personas (2006, p.83). En el trabajo, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, JAKOBS admite que el Estado no tiene por qué poner en juego negligentemente su configuración y que la renuncia a instrumentos como los agentes encubiertos, las escuchas ilegales y otros similares, puede favorecer que se vacíe de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad, y “este derecho a la seguridad sólo es otra denominación del derecho al estado de vigencia real del Derecho” (2006, p.75).

En el contexto del enemigo, JAKOBS sugiere que la lucha debe ubicarse fuera del marco constitucional ya que, en esos casos, no puede afirmarse que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan sólo un postulado de realización: esto es, rige el estado de naturaleza y ahí no hay reglas. Esto le conduce a cuestionar la reacción penal frente al terrorista (alude expresamente al atentado del 11 de septiembre de 2001) que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persigue la destrucción del orden; dado que el terrorista no garantiza una expectativa de conducta personal, si no se quiere privar al Derecho penal del ciudadano de “sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho”, debería llamarse Derecho penal del enemigo a lo que “hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir”; en consecuencia, se haga lo que se haga en la lucha contra el terrorismo, no hay nada ilegítimo. Y no cabe duda que así lo mantiene: afirma que contra los autores de vulneraciones de los derechos humanos “quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas” hay que concebir “todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito “comunitario-legal” -“la creación de un orden del derecho a mantener un orden”-, pues no se trata de personas culpables sino de “enemigos peligrosos”; por ello objeta el que se mantenga posteriormente con el infractor, una vez capturado, “la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos”, esto es, un uso del Derecho de ciudadanos, una devolución ficticia de su condición de

persona (2003, pp. 28-32). Resulta inquietante esta última reflexión de JAKOBS sobre la vigencia global de los derechos humanos ante los supuestos de vulneraciones terroristas; en cierta medida, nos recuerda a las imputaciones que CARL SCHMITT realizaba a la teoría de los derechos humanos y al concepto de humanidad, en el sentido de que la cláusula de los crímenes contra la humanidad era sólo la más general de las cláusulas para el exterminio del enemigo. Conforme con esa idea: ubicar la lucha contra el terrorismo en el marco del estado de naturaleza, MICHAEL WALZER (autor de culto de la Presidencia de EEUU) no cree conveniente la celebración de juicios civiles, proponiendo la necesidad de tribunales militares ya que “los requisitos de las pruebas podrían relajarse y los juicios se celebrarían en secreto”. Además, en la lucha contra el terrorismo, propugna el uso de acciones encubiertas o el asesinato de dirigentes políticos, distinguiendo entre combatiente y no combatiente, aunque ello resulte prohibido por el derecho internacional, pues, afirma, nadie dudaría de la justicia de la muerte de un Hitler (Reflexiones...2004, p.148). Para “combatir” el terrorismo ha llegado al extremo de justificar la estrategia de los ataques selectivos porque, a su juicio, no parece moralmente injusto capturar o incluso matar a los militantes de *Al Qaeda* (comentario realizado antes del asesinato de Bin Laden a manos de un comando especial). Eso sí, cree conveniente establecer dos límites: por un lado, una labor de identificación de los objetivos muy cuidadosa, y, por otro, la minimización de los daños colaterales. Tesis que es la que actualmente define la política norteamericana de operaciones encubiertas de los servicios militares: en ese sentido, tanto BUSH como OBAMA han ordenado a los comandos secretos realizar acciones encubiertas contra presuntos objetivos terroristas al margen del control de la CIA. Entre las técnicas basadas en la rapidez y el secretismo, se utilizan los agentes militares infiltrados, agentes provocadores, expertos en interrogatorios, mercenarios, escuadrones de la muerte, etc.

En suma, la legitimación en EEUU de los *tribunales militares secretos*, las Comisiones Militares, la *Ley Patriótica*, las órdenes ejecutivas, las entregas extraordinarias, los asesinatos ejecutados mediante drones, la complicidad de los gobiernos europeos en tales actividades y su legislación penal y procesal de excepción, convierten en permanente la suspensión temporal del derecho, y conforman el mejor modelo *schmittiano*: el Estado no está sujeto a norma jurídica alguna y la ley puede ser suspendida o usada de forma instrumental.

Pues bien, con la finalidad de denunciar esta política “criminal” del Estado, en este libro se recogen algunas de las intervenciones realizadas en el Seminario sobre el terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal, celebrado en Salamanca los días 22 y 23 de octubre de 2015, en el marco del Proyecto de investigación: “Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional” (DER 2012 - 31368). Los asuntos que se abordaron fueron, entre otros, los siguientes: delitos de terrorismo como expresión de un Derecho penal de autor (Ana Pérez Cepeda); Estado preventivo y Derecho penal del enemigo” *versus* “Derecho penal del Estado de Derecho (Eduardo Demetrio); los delitos de terrorismo como crimen de lesa humanidad; y el respeto por el principio de legalidad (Silvia Mendoza); propuesta para derogar los delitos de terrorismo (José Manuel Paredes Castañón); ausencia de una definición internacional del delito terrorista y excesos de la definición contenida en la legislación española (Nicolás García Rivas); enaltecimiento y justificación del terrorismo (Javier Mira); necesidad de establecimiento de reglas que generen una mayor supervisión de los servicios de inteligencia sin comprometer la seguridad (José L. González Cussac); colaboración entre los servicios secretos europeos y la CIA en la práctica de detenciones ilegales, torturas, entregas extraordinarias y vuelos irregulares (John Vervaele y Guillermo Portilla); existencia de un derecho procesal penal del enemigo sin garantías (Carmen Lamarca); la consagración de una concepción vindicativa del castigo en manos privadas (Mercedes García Arán); olvido del ideal resocializador y la infracción del principio de igualdad en materia de cumplimiento de penas privativas de libertad de personas condenadas por delitos de terrorismo (Díaz Gómez y Manuel Ollé).

BIBLIOGRAFÍA.

Agamben, Giorgio (1998) *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pre-texto.

(2003) “El estado de excepción”. *Rvta Mientras tanto*, nº 86.

(2004) *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*. Valencia, Pre-Textos.

Jakobs Günther (2003) *Derecho penal del enemigo*. Trad. de M. Cancio Meliá. Madrid, Civitas.

(2006) ¿Terroristas como personas en derecho? *En Derecho penal del enemigo*. Trad. de M. Cancio Meliá. Madrid, Civitas.

Schmitt Carl (2002) *Sobre el concepto de lo político*. Madrid, Alianza editorial, Ciencias sociales.

(1979) *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus publicum europeum*. Madrid, Centro de estudios constitucionales.

Walzer Michel (2001) *Guerras justas e injustas*. Buenos Aires, Paidós.

(2004) *Reflexiones sobre la guerra*. Barcelona, Paidós.

(2004) "Terrorismo y guerra justa". *Claves de Razón Práctica*, nº 147.