

CREATIVIDAD JUDICIAL EN EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO: ¿ES EL TERRORISMO UN CRIMEN INTERNACIONAL?*

Kai AMBOS**

Resumen: El 21 de enero de 2011, el juez de investigaciones preliminares del Tribunal Especial para el Líbano (en adelante «TEL») planteó varias cuestiones a la Cámara de Apelaciones («Cámara»)¹ de conformidad a la regla 68(G) de las Reglas de Procedimiento y Prueba². Tres de estas cuestiones tratan sobre el crimen de terrorismo³: (i) ¿debería el tribunal tomar en consideración los conceptos internacionales sobre terrorismo aun cuando el artículo 2 del Estatuto sólo se refiere al Código Penal libanés («CPL»)? (ii) Si la res-

* Traducción del original «Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a Crime of Terrorism under International Law?» (2011) 24 *Leiden Journal of International Law* («LJIL») 655-675, por el Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Buenos Aires).

** Catedrático de derecho penal, derecho procesal penal, derecho comparado y derecho penal internacional, Universidad Georg-August, Göttingen. Juez del Tribunal estadual (*Landgericht*) Göttingen [kambos@gwdg.de]. Agradezco a T. Anina Timmermann, estudiante de derecho (Göttingen), por su muy valiosa asistencia.

¹ TEL, *Le Juge de la Mise en État, Ordonnance relative aux questions préjudicielles adressées aux juges de la Chambre d'Appel conformément à l'Article 68, paragraphe g) du Règlement de Procédure et de Preuve*, 21 de enero de 2011 (STL-11-01/I).

² La regla 68(G) es única en el procedimiento penal internacional en cuanto da al juez de investigaciones preliminares la posibilidad de clarificar cuestiones fundamentales a través de un procedimiento interlocutorio que involucra a la Cámara de Apelaciones: «El juez de investigaciones preliminares puede someter a la Cámara de Apelaciones cualquier cuestión preliminar sobre la interpretación del Acuerdo, el Estatuto y las Reglas en relación con el derecho aplicable, que considere que es necesario examinar y decidir en relación con la acusación».

³ La cuarta cuestión referida al terrorismo («Si el autor se propone matar a cierta persona, pero causa lesiones a o la muerte de otras personas, ¿cómo ha de definirse su responsabilidad penal?») es irrelevante para nuestro propósito, dado que se refiere a la cuestión general de la atribución (subjetiva) de consecuencias no queridas.

puesta es afirmativa, ¿hay una definición internacional de «terrorismo» y cómo debería ser aplicada? (iii) si es negativa, ¿cómo ha de ser interpretada por la Cámara la definición libanesa de «terrorismo»? Tanto la Fiscalía como la defensa presentaron largos escritos referidos, *inter alia*, a estas cuestiones⁴. Además, fueron presentados dos *amicus curiae*⁵. El 16 de febrero de 2011, la Cámara emitió su decisión (interlocutoria) de acuerdo a la regla 176bis(A)⁶. La Cámara sostiene, en pocas palabras, que el terrorismo ha devenido un crimen de derecho penal internacional y que la definición internacional respectiva influencia el derecho libanés (aplicable). En la primera parte de este trabajo argumentaré que las consideraciones de la Cámara, aunque innovadoras y creativas, constituyen esencialmente un *obiter*, dado que la definición aplicable de terrorismo puede encontrarse, sin mayor dificultad, en el derecho libanés. No hay necesidad de internacionalizar y reinterpretar este derecho, el cual debería ser aplicado ante el TEL tal como es entendido en la práctica libanesa. En cuanto a la afirmación de la Cámara de que existe un crimen de terrorismo en el derecho internacional, voy a sostener, en la segunda parte de este trabajo, que las fuentes disponibles indican, en el mejor de los casos, que el terrorismo es un crimen transnacional particularmente grave basado en tratados, que se aproxima a un «auténtico» crimen internacional, pero que aún no ha alcanzado este estatus. A

⁴ *Defence Office's submission pursuant to Rule 176 bis (31 January 2011)*, disponible en www.stl-tsl.org/x/file/TheRegistry/Library/CaseFiles/Defence/20110131_STL-11-01_R176bis_F0004_DO_Submissions_R176bis.pdf, párr. 8-125 (de aquí en adelante «*Defense submission*»); *Prosecutor's Brief filed pursuant to the president's order of 21 January 2011. Responding to the questions submitted by the pre-trial judge (Rule 176 bis) (31 January 2011)*, disponible en www.stl-tsl.org/x/file/TheRegistry/Library/CaseFiles/Prosecution/20110131_STL-11-01_R176bis_F0003_OTP_Brief_EN.pdf, párr. 6-31 (de aquí en adelante «*Prosecution submission*»).

⁵ Uno fue presentado por la Oficina de Investigación sobre Crímenes de Guerra (*War Crimes Research Office*) de la American University, *The Practise of Cumulative Charging Before International Criminal Bodies, STL-11-01/I/AC/R176bis (11 February 2011)*, disponible en www.stl-tsl.org/x/file/TheRegistry/Library/CaseFiles/Registry/20110211_STL-11-01_R176bis_F0008_Amicus_Curiae_Brief_Cumulative_Charging_Filed_EN.pdf. El otro fue presentado por el autor de este trabajo: *Amicus Curiae brief on the question of the applicable terrorism offence in the proceedings before the Special Tribunal for Lebanon, with a particular focus on a 'special' special intent and/or a special motive as additional subjective requirements, STL-11-01/I/AC/R176bis (11 February 2011)*, disponible en www.stl-tsl.org/x/file/TheRegistry/Library/CaseFiles/Registry/20110211_STL-11-01_R176bis_F0009_Amicus_Curiae_Ambos_Filed_EN.pdf («*Ambos Brief*»); los dos escritos serán publicados en (2011) 22 *Criminal Law Forum*, n° 3.

⁶ *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, STL-11-01/I/AC/R176bis, 16 February 2011* («*Decision*»).

pesar de ello, los elementos generales de este crimen pueden ser inferidos de las fuentes relevantes del derecho internacional⁷.

Palabras claves: *elementos del terrorismo; crímenes internacionales; Tribunal Especial para el Líbano; terrorismo; crímenes con base en tratados*

Abstract: On 21 January 2011, the pre-trial judge of the Special Tribunal for Lebanon posed several questions to the Appeals Chamber pursuant to Rule 68(G) of the Rules of Procedure and Evidence. Three of these questions dealt with the crime of terrorism (i) Should the Tribunal take into account international notions on terrorism even though Article 2 of the Statute only refers to the Lebanese Criminal Code («LCC»)? (ii) If so, is there an international definition of «terrorism» and how should it be applied? (iii) If not, how is the Lebanese definition of «terrorism» to be interpreted by the Chamber? Both the prosecution and defence submitted extensive briefs dealing, inter alia, with these questions. Additionally, two *amicus curiae* briefs were submitted. On 16 February 2011, the Chamber issued its (interlocutory) decision pursuant to Rule 176 *bis* (A). The Chamber argues, in a nutshell, that terrorism has become a crime under international law and that the respective international definition influences the (applicable) Lebanese law. In the first part of this paper, I will argue that the Chamber's considerations, albeit innovative and creative, are essentially obiter, since the applicable terrorism definition can be found, without further ado, in the Lebanese law. There is no need to internationalize or reinterpret this law; it should be applied before the STL as understood in Lebanese practice. As to the Chamber's affirmation that there is a crime of terrorism under international law, I will argue, in the second part of the paper, that the available sources indicate, at best, that terrorism is a particularly serious transnational, treaty-based crime that comes close to a «true» international crime but has not yet reached this status. Notwithstanding, the general elements of this crime can be inferred from the relevant sources of international law.

Key words: elements of terrorism; international crimes; Special Tribunal for Lebanon; terrorism; treaty-based crimes

⁷ Por posiciones incluso más criticadas, publicados después de haber terminado este trabajo, ver S. KIRSCH y A. OEHMICHEN, «Judges gone astray: The fabrication of terrorism as an international crime by the Special Tribunal for Lebanon» (2011) 1 *Durham L.Rev.* 32 et seq.; B. Saul, «Legislating from a radical The Hague: the UN Special Tribunal for Lebanon invents an international crime of transnational terrorism» (2011) 24 *LJIL* 677 et seq.

1. El derecho aplicable ante el TEL y el rol del derecho internacional

1.1. *El derecho penal libanés in action y sus límites*

Aunque el TEL pueda ser caracterizado como un tribunal internacional o mixto, debido a su establecimiento por la resolución n.º 1757 del Consejo de Seguridad y su composición internacional⁸, es bastante diferente de otros tribunales internacionales y mixtos, dado que su competencia material y derecho aplicable «siguen siendo de carácter nacional»⁹. El artículo 2 del Estatuto del Tribunal establece claramente que son aplicables únicamente «las disposiciones del Código Penal libanés relativas a la persecución y castigo de actos de terrorismo». Por lo tanto, a excepción de ciertas penas que fueron consideradas demasiado crueles como para ser incluidas en un Estatuto de un tribunal apoyado por las Naciones Unidas (por ejemplo, la pena de muerte y el trabajo forzado), «el Código Penal libanés es el derecho aplicable»¹⁰. Los proyectistas omitieron deliberadamente la inclusión de crímenes internacionales, tal como los crímenes contra la humanidad¹¹, y toda referencia a la Convención Árabe contra el Terrorismo¹². En términos normativos, los rasgos internacionales del Tribunal se limitan a altos «estándares de justicia» y a los «más altos estándares de procedimiento penal internacional»¹³.

Ante este trasfondo, sólo hay dos cuestiones con respecto al derecho aplicable. Primero, ¿qué significa exactamente «disposiciones del Código Penal libanés»? Segundo, ¿hay aún algún modo en que el derecho internacional pueda influenciar el derecho aplicable libanés? En cuanto a la primera cuestión, hay dos respuestas posibles: esta formulación sólo se refiere al derecho escrito, positivo («*law in the books*») o bien al derecho libanés tal como es interpretado por la jurisprudencia y la posible doctrina libanesa («*law in action*»). De ma-

⁸ M. Ch. BASSIOUNI, «Mixed Models of International Criminal Justice», en M. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law, Vol. III, International Enforcement* (2008), 155, p. 189.

⁹ *Report of the Secretary-General on the establishment of a special tribunal for Lebanon*, S/2006/893, 15 de noviembre de 2006, párr. 7. Véase también *ibid.*, p. 189; N. Jurdi, «The Subject-Matter Jurisdiction of the Special Tribunal for Lebanon» (2007) 5 JICJ 1125, p. 1126; M. MILANOVIC, «An Odd Couple, Domestic Crimes and International Responsibility in the Special Tribunal for Lebanon» (2007) 5 JICJ 1139, p. 1140.

¹⁰ *Report of the Secretary-General*, *ibid.*, párr. 22.

¹¹ *Ibid.*, párr. 23 ss.

¹² Jurdi, *supra* nota 8, p. 1128.

¹³ *Report of the Secretary-General*, *supra* nota 8, párr. 7.

nera intuitiva, puede pensarse que la segunda opción es la correcta, desde que, en todo sistema jurídico, sea de *common law* o de otro origen, el «derecho» nunca está limitado solamente al derecho escrito, positivo. Incluso en los sistemas todavía bastante positivistas, en los que el juez no es mucho más que una «bouche de la loi», famosa expresión acuñada por Montesquieu en su lucha contra la arbitrariedad judicial¹⁴, los jueces aplican e interpretan el derecho. Por ello, la cuestión no es derecho positivo puro o interpretado, sino derecho más o menos interpretado por la jurisprudencia, en todos los sistemas, y, adicionalmente, por la doctrina, en algunos de los más desarrollados sistemas de *civil law*¹⁵. Por lo tanto, el recurso al derecho penal libanés se refiere al *law in action* (con excepción, como se ha indicado, de las penas que están excluidas). La Cámara de Apelaciones es de la misma opinión. Sostiene que el Tribunal debería aplicar generalmente el derecho nacional tal como es entendido por los tribunales libaneses¹⁶. Sin embargo, la Cámara no limita esta interpretación a la jurisprudencia nacional pasada, sino que pretende ir más atrás e «identificar los principios que expresan el estado de la jurisprudencia libanesa»¹⁷.

Hay que hacer, sin embargo, una advertencia, y ésta nos lleva a la segunda cuestión. Un tribunal internacional o mixto sólo puede aplicar derecho que es compatible con el derecho internacional. El TEL debe respetar los «altos estándares de justicia» mencionados en el informe del Secretario General¹⁸. Por lo tanto, el derecho internacional, incluidos los principios generales de derecho, puede operar como un correctivo del derecho nacional «injusto» o «irrazonable». Para un tribunal internacional, también para el TEL, esto significa, como correctamente sostuvo la Cámara de Apelaciones, que no debe seguir la interpretación que los tribunales nacionales hacen del derecho doméstico si tal interpretación es «irrazonable», resulta en una «manifiesta injusticia», o es inconsistente con principios y reglas del derecho internacional vinculantes para las respectivas jurisdicciones nacionales¹⁹.

¹⁴ Montesquieu, *L'esprit des Lois* (1748, reimpresso en 1961), livre XI chap. 6 («la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur»). Véase también M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (1967), 88 ss; C. MÖLLERS, *Die drei Gewalten* (2008), 20 ss.

¹⁵ Sobre las fuentes del derecho, especialmente sobre la autoridad de la doctrina como una «tercera fuente residual», véase recientemente G. Fletcher, «New Court, Old Dogmatik» (2011) 9 JICJ 179, p. 180; con más detalles, véase G. FLETCHER, «Truth in Codification» (1998) 31 *University of California Davis Law Rev.* 745, p. 746, 750.

¹⁶ *Decision*, supra nota 6, párr. 35.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Supra* nota 12.

¹⁹ *Decision*, supra nota 6, párr. 39, con varias referencias en las notas 58-60.

1.2. *El rol del derecho internacional: ¿directamente aplicable o, al menos, una ayuda interpretativa?*

Sin embargo, la Cámara no limita la función del derecho internacional a corregir el derecho nacional «irrazonable» o «manifiestamente injusto». Más bien, parece dar al derecho internacional un rol autónomo con respecto a la interpretación del Estatuto²⁰. Al rechazar el argumento de la Fiscalía de que no hay necesidad de aplicar el derecho internacional, dado que no hay una laguna en el derecho aplicable (libanés)²¹, la Cámara sostiene que las normas jurídicas están siempre abiertas a interpretación, porque las palabras tienen varios significados diferentes, especialmente si hay muchos de ellos²², y porque el contexto (interno y externo) de las normas debe ser tenido en consideración²³. Por lo tanto, según la Cámara, el proceso de construcción de una disposición jurídica debe incluir el contexto desde el comienzo, y no debe, en cambio, realizarse en dos etapas, determinando primero si hay una laguna y luego, si la hay, intentar colmarla a través de interpretación²⁴. En este sentido, el principio de interpretación teleológica, o, más concretamente, el principio de efectividad ha superado la infame regla *in dubio mitius*²⁵, condescendiente con la soberanía estatal²⁶. Este último principio está siendo reemplazado, cada vez en mayor medida, por valores universales e intereses basados en derechos humanos promovidos por organizaciones internacionales y la «comunidad mundial»²⁷.

Esta posición de la Cámara puede ser cuestionada por varios motivos. Primero, esta concepción del proceso de interpretación jurídica es cuestionable. Si bien es cierto que muchas palabras tienen varios significados diferentes cuando son consideradas aisladamente, sólo hay unos pocos significados plausibles una vez que ellas son combi-

²⁰ *Ibid.*, párr. 17 ss.

²¹ *Defence submission*, supra note 4, párr. 86-89, 125; *Prosecution submission*, supra nota 4, párr. 13 ss. (15); concordantemente *Ambos Brief*, supra nota 5, párr. 3.

²² *Decision*, supra nota 6, párr. 19.

²³ *Ibid.*, párr. 19-21.

²⁴ *Ibid.*, párr. 19, y también párr. 37.

²⁵ Literalmente, «en caso de duda, menos», esto es, debería ser elegida la interpretación menos intrusiva, más favorable (a la soberanía estatal) (cfr. L. OPPENHEIM, *International Law: A Treaties*, Vol. I (1905), 561; recientemente, J. LAROUER, «In the Name of Sovereignty? The Battle over *In Dubio Mitius* Inside and Outside the Courts», *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers* (2009) escrito 22, pp. 1 y ss.).

²⁶ *Decision*, supra nota 6, párr. 29-30; contrario a *Defence submission*, supra nota 4, párr. 40-41.

²⁷ Véase también *Decision*, supra nota 6, párr. 29.

nadas con otras palabras para formar una frase. Un proceso de lectura de disposiciones jurídicas que no se realice palabra por palabra, sino como frases y como partes de un estatuto entero —esto es, considerando el «contexto interno»— puede conducir efectivamente a un significado relativamente claro, haciendo superfluo el recurso a un contexto adicional («externo»)²⁸. Así, aunque es bastante obvio que la «descripción “no clara” es el *resultado* más que la *ocasión* de ... [un] método de interpretación de textos jurídicos»²⁹, esto no excluye la posibilidad de que este mismo proceso de interpretación pueda conducir a una disposición suficientemente «clara» y, por lo tanto, a la ausencia de una laguna de conocimiento del derecho. En efecto, la Fiscalía no argumentó con la regla *in claris non fit interpretatio*, como insinuó la Cámara³⁰, sino que sólo concluyó sobre la base de y *después de* una interpretación del artículo 314 CPL, que esta disposición no contiene una laguna. Segundo, no es claro cómo puede ser dejada de lado en nuestro contexto la soberanía estatal del Líbano. Aunque pueda argumentarse a favor de un desplazamiento gradual de la soberanía estatal en vista de la creciente importancia del individuo en el derecho internacional, especialmente expresada por el «enfoque orientado en derechos humanos» del derecho penal internacional y derecho internacional humanitario³¹, no llega a ver de qué modo esto podría interpretarse en contra del respeto de la soberanía del Líbano exigido explícitamente en la resolución 1757³². Después de todo, en nuestro contexto la referencia al derecho internacional como instrumento de interpretación del derecho nacional libanés no es una cuestión de derechos humanos o de cualquier otro valor individual —en oposición a colectivo—, sino que sólo atañe a la cuestión del correcto derecho aplicable de un tribunal internacional mixto.

A pesar de estas consideraciones más bien abstractas, para muchos observadores seguramente más apropiadas en un entorno académico que en una decisión judicial, la Cámara sostiene, en cuanto al punto concreto en discusión, que el claro texto del artículo 2 del Estatuto del

²⁸ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaften* (1979), p. 307 ss.; F. MÜLLER y R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik* (2004), número marginal («nm.») 480.

²⁹ R. DWORKIN, *Law's Empire* (1998), 352 (énfasis en el original); citado en *Decision*, supra nota 6, párr. 19 y la nota al pie 31.

³⁰ *Decision*, supra nota 6, párr. 19.

³¹ Cfr. TPIY, *Prosecutor v. Tadić Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1*, 2 de octubre de 1995, párr. 97; véase también K. IPSEN, *Völkerrecht* (2004), § 2, nm. 66 y ss., p. 40.

³² «Reiterando su llamado al estricto respeto de la soberanía ... de Líbano» (preámbulo, párr. 3). Véase también M. WIERDA, H. NASSAR y L. MAALOUF, «Early Reflections on Local Perceptions, Legitimacy and Legacy of the Special Tribunal for Lebanon» (2007) 5 JICJ 1065, p. 1066.

TEL no fue afectado por el contexto y, por consiguiente, no permitía otra cosa que la aplicación del derecho libanés con respecto al terrorismo³³. Aunque el derecho libanés no contiene una disposición, de origen constitucional u otro tipo, que prevea la aplicación doméstica del derecho internacional consuetudinario³⁴, los tribunales libaneses lo aplican usualmente, aunque no en asuntos penales³⁵. Con respecto al estatus del derecho internacional en relación con el derecho libanés, la Cámara considera que posee al menos el mismo rango que el derecho nacional ordinario, con la consecuencia de que en caso de contradicción entre el derecho internacional y el nacional son aplicables los principios generales, tales como *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*³⁶. Estas consideraciones amigables al derecho internacional no se basan tanto en derecho duro libanés (*hard law*), sino en interpretación judicial y en derecho internacional público, especialmente en consideraciones de derechos humanos. Ellas sugieren que un tribunal local tiene, al menos, el poder de interpretar el derecho nacional recurriendo al derecho consuetudinario, si es que existe una regla respectiva. Sin embargo, aun si —*arguendo*— esto fuera admitido, no ayudaría mucho para la interpretación de delitos penales, especialmente del de terrorismo. Primero, hasta donde conozco, ninguna regla del derecho libanés —en cuanto sistema de *civil law* fundado en la tradición romano germánica— permite la aplicación del derecho internacional consuetudinario con respecto a delitos penales; tal regla sería necesaria, sin embargo, para evitar una violación del principio *nullum crimen*. Por esta misma razón, la Cámara de Apelaciones admite que el derecho internacional consuetudinario «no puede ser aplicado en asuntos penales si no existe una pieza de legislación nacional que incorpore reglas internacionales como disposiciones penales libanesas»³⁷. Segundo, aun si los tribunales estuvieran autorizados a aplicar derecho internacional consuetudinario en asuntos penales, esto no sería posible, como correctamente reconoció la Cámara, en el caso del TEL, dado que el artículo 2 del Estatuto se refiere sólo a una disposición del Código Penal libanés (artículo 314), no a cualquier otra fuente, especialmente no al derecho internacional consuetudinario³⁸.

Ausente la posibilidad de una directa aplicación del derecho internacional consuetudinario, el TEL sólo puede argumentar, y en efecto así argumenta, que el derecho internacional puede servir como una

³³ *Decision*, supra nota 6, párr. 43-44.

³⁴ *Ibid.*, párr. 115, 119.

³⁵ *Ibid.*, párr. 114, 117.

³⁶ *Ibid.*, párr. 122.

³⁷ *Ibid.*, párr. 114.

ayuda para interpretar las disposiciones pertinentes del derecho penal libanés³⁹. Para la Cámara, esto está justificado por el hecho de que los sucesos del Líbano en cuestión han sido considerados como «amenazas a la paz y seguridad internacionales» por el Consejo de Seguridad. Además, ellos han sido sometidos al TEL como actos de terrorismo transnacional, en relación con los cuales sólo el derecho internacional ofrece estándares apropiados, que, además, son vinculantes para el Líbano⁴⁰. Nuevamente, ésta es una línea de argumentación cuestionable. El hecho de que el Consejo de Seguridad calificara los actos en cuestión como «amenazas a la paz y seguridad internacionales» tenía únicamente por función establecer el TEL de acuerdo al capítulo VII de la Carta de la ONU, pero eso no llevó al Consejo a incluir crímenes de derecho internacional (¿cuáles?) en el Estatuto. Todo lo contrario, como ya hemos dicho arriba, ha sido explícitamente omitida una referencia a crímenes internacionales. De manera similar, el argumento de la alegada naturaleza transnacional de los actos (terroristas) no hace, sin más, aplicable el derecho internacional, ni siquiera como medio de interpretación. Los actos han sido cometidos en el territorio del Líbano; por lo tanto, el Líbano tiene la competencia territorial sobre ellos y el derecho (penal) aplicable es el del Líbano. Esto es así en este caso como en todos los otros casos de delitos de terrorismo aparentemente transnacional cometidos en una jurisdicción nacional. El hecho de que un acto terrorista pueda amenazar la paz y seguridad internacionales no cambia el derecho nacional aplicable. En efecto, corresponde al Estado territorial decidir, en cumplimiento de sus reglas domésticas, si son aplicables sus delitos nacionales sobre terrorismo (si los hay) o si recurre al derecho internacional. Esto habría podido ser diferente solamente si el Consejo de Seguridad lo hubiera dicho expresamente. Pero en este caso no lo hizo y, en efecto, pudo no haberlo hecho, desde que no hay acuerdo internacional sobre la definición de «terrorismo». Regresaremos sobre este punto luego de haber analizado la definición libanesa (aplicable) de terrorismo.

1.3. La definición libanesa de terrorismo

1.3.1. Los elementos objetivos (*actus reus*)

La parte objetiva del delito de terrorismo del artículo 314 del CPL tiene dos componentes, a saber: (i) la comisión de «cualquier acto» y

³⁸ *Ibid.*, párr. 123.

³⁹ *Ibid.*, párr. 124 ss.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 124.

(ii) la aplicación de «medios propensos a crear un peligro público, tales como aparatos explosivos, materiales inflamables, productos tóxicos o corrosivos o agentes infecciosos o microbianos». En la práctica libanesa, el primer requisito ha sido interpretado ampliamente⁴¹, abarcando *cualquier acto* independientemente de su naturaleza criminal⁴². Por el contrario, los medios componentes han sido interpretados restrictivamente, requiriéndose uno de los medios enumerados u otros medios capaces de crear un peligro público (*danger commun*), a saber, una amenaza incontrolable a un número incierto de personas («neutrales»)⁴³. Por lo tanto, mientras una granada de mano constituiría un medio enumerado («aparato explosivo»), un arma automática no, y tampoco constituiría otro medio, dado que no es *per se* incontrolable⁴⁴. Por otro lado, usar un aeroplano como arma (incontrolable) y estrellarla contra un rascacielos podría ser considerado como un empleo de otro medio (similar) dentro del significado de la disposición.

La Cámara no coincide con esta interpretación restrictiva del requisito de los medios y sugiere, con base en su interpretación de derecho internacional del derecho aplicable⁴⁵, un entendimiento más amplio del peligro público⁴⁶. En su opinión, es suficiente que personas no directamente tenidas por blanco estén en la misma ubicación que el blanco directo del ataque terrorista y, por lo tanto, estén expuestas a las consecuencias adversas del ataque⁴⁷. Yendo aún más allá, la Cámara considera suficiente que un ataque terrorista comporte ciertas consecuencias indirectas que conduzcan a un peligro público, como, por ejemplo, si a consecuencia del homicidio de un líder político sus seguidores se entregan a la violencia⁴⁸.

La opinión de la Cámara puede ser cuestionada por varios motivos. Antes que nada, conduce a una ilimitada expansión del delito. Dada la estructura del artículo 314 CPL y la amplia interpretación del requisito del acto, una restricción del *actus reus*, de otro modo demasiado amplio, sólo puede lograrse a través del requisito de los

⁴¹ En la versión original árabe dice *faa'el* o *afaa'al* («todo acto»); cfr. Jurdi, supra nota 8, p. 1130.

⁴² Cf. *Decision*, supra nota 6, párr. 145; Jurdi, supra nota 8, p. 1130.

⁴³ Cf. *Decision*, *ibid.*, párr. 51-54, citando muchas decisiones nacionales.

⁴⁴ Consejo de Justicia, *Assassination of Sheikh Nizar Al-Halabi*, *Decision No. 1/1997*, 17 de enero de 1997 (uso de rifles kalashnikov); citado según *Decision*, supra nota 6, párr. 52, y la nota al pie 71.

⁴⁵ *Decision*, *ibid.*, párr. 129.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 125-129.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 126.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 127.

medios⁴⁹. Aunque la enumeración de los medios no es exhaustiva («tales como»), ellos comparten una característica común, a saber, que una vez que son empleados o activados no pueden ser controlados. En cuanto a sus efectos, todos los medios son *per se* incontrolables. Su uso comporta riesgos incontrolables para un indeterminado número de personas y objetos. Ésta es, en efecto, la justificación para calificar a los actos respectivos, en el nivel objetivo, como «terroristas» y a los autores como «terroristas». Después de todo, «terrorismo» significa diseminar terror y miedo a gran escala en la población⁵⁰.

Para la interpretación de los medios adicionales no enumerados, esto implica que deben ser comparables a los medios enumerados, a saber, ellos también deben causar riesgos incontrolables. Si se corta el nexo entre los medios enumerados y los adicionales, como de hecho fue sugerido por la Cámara, los últimos no pueden ser más definidos razonablemente. En última instancia, tal interpretación «liberal» del requisito de los medios viola el elemento de *lex certa* del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*)⁵¹. Es cierto que el artículo 314 tiene un problema de certeza «innato», porque la enumeración de los medios no es exhaustiva. Sin embargo, una vez que la jurisprudencia nacional ha clarificado el significado de una fórmula abierta como «tales como», ese significado forma parte del derecho penal nacional y, por lo tanto, es compatible con la exigencia de *lex certa*, al menos en el sentido de una certeza relativa (*Bestimmbarkeit*)⁵². Sin embargo, es una cuestión completamente diferente si un tribunal internacional reinterpreta un elemento de un delito, yendo explícitamente más allá de la muy asentada práctica nacional. En tal situación, difícilmente pueda esperarse que los ciudadanos del Estado respectivo puedan seguir esta nueva interpretación; más probablemente, no serían siquiera conscientes de ella. Además, sería una interpretación *ex post facto* en relación con los crímenes ya cometidos y, por lo tanto, también estaría en conflicto con la regla de la *lex praevia*.

⁴⁹ Esto también es reconocido por la Cámara, *ibid.*, párr. 55.

⁵⁰ «Terrorismo» deriva de la palabra latina «terror», que significa «gran miedo». El término fue usado por primera vez en inglés en el sentido de «uso sistemático de terror como política» en 1798, siguiendo al término francés «terrorisme», usado en el sentido de «intimidación a un gobierno durante el Reino del Terror» en 1795 (D. HARPER, *Online Etymology Dictionary*, disponible en: www.etymonline.com).

⁵¹ Sobre la *lex certa* y los otros tres elementos del *nullum crimen (lex praevia, lex stricta, lex scripta)*, véase K. AMBOS, «Nulla poena sine lege in International Criminal Law», en R. Haveman y O. Olusanya (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law* (2006), 17, p. 21.

⁵² Cfr. *Kokkinaskis v. Greece* (1994) 17 EHRR 397, párr. 40. De la abundante literatura, véase V. KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots* (1977), 113 ss.; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law* (2009), 64; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I (2006), § 5, nm. 28.

La misma Cámara advierte que su interpretación amplía la definición del delito y por consiguiente entra en conflicto con el principio de legalidad⁵³. Sin embargo, ella concluye finalmente que no hay una violación de este principio, porque, en esencia, considera que este principio sólo requiere previsibilidad y que este estándar es cumplido si existe una cierta interpretación judicial, también una de una corte internacional⁵⁴. Por lo tanto, hablando concretamente, podría esperarse que cualquier libanés prevea «que *cualquier* acto destinado a diseminar terror sería punible» como terrorismo «independientemente de la clase de instrumentos usados, en tanto y en cuanto tales instrumentos probablemente fueran a causar un peligro público»⁵⁵. La flexibilidad con respecto a los «instrumentos» se sigue, según la Cámara, de los instrumentos internacionales vinculantes para el Líbano, que no restringen los medios empleados, especialmente la Convención Árabe contra el Terrorismo⁵⁶. Además, el hecho de que el Líbano haya ratificado todas las convenciones de la ONU sobre terrorismo parece permitir, en opinión de la Cámara, hacer ciertas analogías en cuanto a la conducta punible:

de un individuo ... que sabía que disparar a pasajeros a bordo de una aeronave con el fin de secuestrar el avión era un acto terrorista prohibido, puede esperarse con seguridad [sic!] que concluya que la misma conducta con la misma intención de diseminar terror también sería considerada como terrorismo en otras circunstancias⁵⁷.

Es claro, de este breve resumen, que la Cámara asume de hecho una posición flexible respecto al principio de legalidad. Sin embargo, el recurso al derecho (penal) internacional, que ha convertido la regla, más bien formal, de legalidad en un mero principio⁵⁸ de justicia⁵⁹ y que, en el mejor de los casos, exige «accesibilidad» y «previsibilidad»

⁵³ *Decision*, supra nota 6, párr. 130.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 135 ss.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 138.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 139-140.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 141 (énfasis añadido).

⁵⁸ En cuanto a la distinción entre principios y reglas, sigo aquí a R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1986), pp. 71 y ss. (traducción castellana de Carlos Bernal Pulido, *Teoría de los derechos fundamentales*, segunda edición (2007), 63 y ss.), según quien los principios y las reglas son dos tipos de normas que ofrecen razones en cuanto a lo que debería suceder, pero que difieren en un sentido cualitativo: los principios exigen que algo debe ser realizado en la mayor medida de lo posible; ellos son «mandatos de optimización» (*Optimierungsgebote*) que sólo pueden ser satisfechos en una cierta medida, dependiendo su cumplimiento efectivo de las posibilidades jurídicas y fácticas. Las reglas pueden ser cumplidas o no; ellas contienen determinaciones (*Festsetzungen*) dentro de lo fáctica y jurídicamente posible.

⁵⁹ Véase K. AMBOS, *Internationales Strafrecht* (2011), § 5, nm. 6, con referencias adicionales.

de la punibilidad⁶⁰, permitiendo explícitamente «el desarrollo progresivo del derecho penal a través de creación judicial de derecho»⁶¹, no es particularmente de ayuda en nuestro contexto. Primero, presupone que el derecho aplicable, a saber, el derecho libanés, adopta la misma flexibilidad en cuanto al principio de legalidad. Ya he sostenido en mi *Amicus Curiae* que esto no es así, dado que el sistema jurídico libanés, en tanto sistema de *civil law*, no admite, en principio, la «internacionalización» de los delitos nacionales⁶². Además, en un sistema jurídico semejante, el *nullum crimen* es entendido estrictamente y, por consiguiente, sólo está permitida una interpretación *ex post facto* o una analogía *in bonam partem*, esto es, una que restrinja la definición del delito a favor del acusado⁶³. Esto también es aplicable para una interpretación basada en el derecho internacional⁶⁴. Aun

⁶⁰ TEDH, *Achour v. Francia*, sentencia del 10 de noviembre de 2004 (Application No. 67335/01), párr. 33. Véase también AMBOS, *supra* nota 50, p. 22, con referencias adicionales sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las notas al pie 37 y 38.

⁶¹ TEDH, *S.W. v. Gran Bretaña y C.R. v. Gran Bretaña*, sentencias del 22 de noviembre de 1995 (Ser. A. Nos. 335-B y 335-C), párr. 36. Véase también *Decision*, *supra* nota 6, párr. 135, citando TPIY, *Vasiljevic* sentencia de juicio, 29 de noviembre de 2002, párr. 196.

⁶² *Ambos Brief*, *supra* nota 5, párr. 3, con referencia a *Defence submission*, *supra* nota 4, párr. 60 ss. (71).

⁶³ La excepción *in bonam partem* es generalmente reconocida en las jurisdicciones de *civil law*; véanse, como obras representativas, para Francia: F. DEBOVE, F. FALLETTI, y T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale* (2010), p. 74-5; para Alemania: ROXIN, *supra* nota 51, § 5, nm. 44 (analogía *in bonam partem*), 50 (costumbre *in bonam partem*), 62 ss. (retroactividad *in bonam partem*); para España: S. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General* (2010), 116; J. P. MONTIEL, *Analogía favorable al reo: Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal* (2009), 321 y ss. (sobre el reconocimiento de causas supralegales de justificación con base en la analogía *in bonam partem*, que se basa en el derecho consuetudinario o los principios generales). La excepción también está reconocida en importantes codificaciones; véase, por ejemplo, el art. 112-1 del CP francés ('retroactivité *in mitius*'), el § 2(3) del StGB alemán y el art. 2(2) del CP español. En Italia, la mayoría de la doctrina admite la analogía *in bonam partem* con base en el art. 25(2) de la Constitución y el art. 14 de las disposiciones preliminares al *Codice Civile*, que se refiere al derecho penal; véase F. PALAZZO, *Corso di diritto penale: Parte generale* (2006), pp. 142 y ss., con ulteriores referencias sobre el rico debate doctrinario. Respecto al Líbano, véase el art. 3 CPL: «Toda ley que modifique la definición de un delito *en una materia que beneficie al acusado* será aplicable a los hechos cometidos antes de su entrada en vigor, a menos que haya sido emitida una sentencia irrevocable» (énfasis añadido). Sobre el derecho libanés, véase también *Defence submission*, *supra* nota 4, párr. 74: «basamento en el derecho consuetudinario para el propósito de interpretar los requisitos (por ejemplo, disminuir la exigencia de elemento subjetivo aplicable).»

⁶⁴ El argumento se basa en que el derecho penal libanés se deriva del, y aún es bastante cercano al, derecho penal francés (véase también *Defence submission*, *supra* nota 4, párr. 73). Aunque el derecho francés no contiene una regla particular o procedimiento para «importar» derecho internacional consuetudinario en el orden jurí-

si se siguiera —*arguendo*— la posición internacionalista de la Cámara, no es para nada claro si, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concidiría con la Cámara en cuanto a la previsibilidad de su reinterpretación del requisito de los medios del art. 314 CPL. Después de todo, no estamos hablando aquí de la punibilidad de un crimen internacional nuclear en el sentido de los artículos 15(2) PIDCP y 7(2) CEDH, sino de la correcta interpretación de un único elemento (objetivo) de un mero crimen basado en un tratado (sobre esta distinción, véase la subsección 2.2). Por lo tanto, el punto central de la cuestión en cuanto a la previsibilidad es si realmente puede esperarse de un ciudadano que sea consciente de una posible interpretación internacional más amplia de un elemento de un delito nacional particular y, además, de la directa aplicabilidad de esta interpretación en el orden jurídico nacional. De hecho, la misma Cámara no parece estar completamente segura en cuanto a qué puede ser esperado y qué no con respecto al derecho penal nacional «internacionalizado». En un mismo párrafo⁶⁵, ella sostiene, por un lado, que la «sola criminalización internacional no es suficiente para la punición en los ordenamientos jurídicos domésticos», pero, por el otro, que se «espera y exige de los individuos que sepan que cierta conducta está criminalizada en el derecho internacional», aunque esto aparentemente no es suficiente para la punición, dado que sólo será aplicable «al menos desde el momento en que la misma conducta es criminalizada en el orden jurídico nacional»

1.3.2. Los elementos subjetivos (*mens rea*)

El artículo 314 CPL requiere intención «de causar un estado de terror», a saber, causar un impacto considerable de miedo e inseguridad en la población en general o en un grupo importante de ella⁶⁶.

dico interno, el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) examina la compatibilidad del derecho nacional con el derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, reconoce la precedencia (*de facto*) del último (cfr. Conseil Constitutionnel, decisiones n° 75-59 del 30 de diciembre de 1975; n° 82-139 del 11 de febrero de 1982; n° 85-197 del 23 de agosto de 1985; n° 92-308 del 9 de abril de 1992; resumidamente www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-17499.pdf, No. 9). Por lo tanto, puede sostenerse, sin temor a equivocarse, que también el orden jurídico libanés, si no existe una disposición constitucional o de otro tipo que se oponga, aceptaría esta precedencia y, por consiguiente, también admitiría una reforma *in bonam partem* de su derecho penal basada en el derecho internacional (consuetudinario).

⁶⁵ *Decision*, supra nota 6, párr. 133.

⁶⁶ Véase también *Prosecution submission*, supra nota 4, párr. 29: intención «de tener un impacto considerable sobre la población o un grupo importante de ella».

Se trata de un elemento subjetivo especial, más exactamente, una «intención especial general», como aquí llamaré, como término opuesto a «intención especial especial» dirigida a ciertos objetivos políticos. Regresaremos sobre esta distinción al analizar un posible crimen internacional de terrorismo (véase sección 2). Como la Cámara no discrepó con este elemento, es suficiente decir que los tribunales libaneses propusieron ciertos hechos para determinar más precisamente esta intención⁶⁷.

En cuanto al elemento subjetivo general con respecto a los elementos objetivos del delito, debe recordarse, en primer lugar, que los actos requeridos no necesitan ser por sí mismos criminales, esto es, para el elemento subjetivo general es suficiente que los actos (neutrales) respectivos sean llevados a cabo por el autor conscientemente y voluntariamente⁶⁸. Claramente, si un acto constituye un delito, como un homicidio, el autor debe actuar con el elemento subjetivo requerido para ese delito. En cuanto al requisito de los medios, el autor debe ser consciente de sus características, particularmente que ellos son «propensos a crear un peligro público».

1.4. Conclusión intermedia

Según el derecho libanés, el terrorismo es la comisión de *cualquier* acto a través de medios que son *per se* propensos a crear un peligro público con la intención de causar un impacto considerable de terror sobre la población o una parte importante de ella. Esta definición no es irrazonable, no resulta en una injusticia evidente, ni es inconsistente con los principios de derecho internacional. Por lo tanto, no hay razón para que el tribunal se aparte de ella. El artículo 314 CPL puede y debe ser aplicado tal como es entendido en la práctica libanesa.

⁶⁷ Según *Prosecution submission*, supra nota 4, párr. 30, estos factores son: «el estatus social o religioso del blanco principal; la comisión del ataque a la luz del día en una calle repleta de gente; los homicidios colaterales de transeúntes inocentes (*bystanders*); el uso de explosivos; y la destrucción de edificios residenciales y comerciales».

⁶⁸ Cfr. también el art. 210 CPL: «Nadie será sentenciado a una pena a menos que haya cometido el acto conscientemente y voluntariamente». Los estándares diferentes de elemento subjetivo están definidos en los arts. 188, 190, 191 CPL.

2. La cuestión sustantiva: ¿terrorismo como crimen de derecho internacional?

2.1. *El punto de vista de la Cámara: terrorismo como crimen de derecho consuetudinario internacional*

Para la Cámara, varios tratados, resoluciones de la ONU, y la práctica judicial y legislativa de los Estados⁶⁹ indican que ha emergido una regla consuetudinaria de derecho internacional sobre el crimen de terrorismo⁷⁰. Hay una «práctica consolidada en cuanto a la punición de actos de terrorismo» y «esta práctica es prueba de una creencia de los Estados de que la punición del terrorismo responde a una necesidad social (*opinio necessitatis*) y, por esta razón, es hecha obligatoria por una regla que lo exige (*opinio juris*)⁷¹». La regla existente impone tres obligaciones sobre los actores estatales y no estatales y confiere un derecho a los estados: (i) la obligación de abstenerse de realizar actos de terrorismo; (ii) la obligación de prevenir y reprimir el terrorismo, particularmente de perseguir y juzgar a sus supuestos autores; y (iii) el derecho de perseguir y reprimir el crimen de terrorismo cometido en su territorio por nacionales y extranjeros, y la obligación correlativa de terceros estados de abstenerse de objetar tal persecución y represión en contra de sus nacionales⁷². En cuanto a la definición de «terrorismo», la regla prevé tres elementos: (i) la comisión o amenaza de un acto criminal (ii) la intención de diseminar el miedo entre la población o compeler a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de tomarla, y (iii) un elemento transnacional como parte del acto⁷³. Con esta definición, la Cámara rechaza el punto de vista hasta ahora dominante en la literatura académica⁷⁴, incluido el autor de este trabajo⁷⁵, de que no hay una definición universalmente consensuada sobre «terrorismo».

⁶⁹ *Decision*, supra nota 6, párr. 88-89 (instrumentos internacionales y multilaterales), 92 (resoluciones del Consejo de Seguridad, también párr. 110), 93-97 (legislación nacional), 99-100 (jurisprudencia nacional).

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 85, 102.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 102.

⁷² *Ibid.*, párr. 102.

⁷² *Ibid.*, párr. 85, 111.

⁷⁷ Para referencias véase *ibid.*, párr. 83, y la nota al pie 127. Véase también E. WILMSHURST, en R. CRYER *et al.* (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2010), 342 ss.; E. David, *Éléments de Droit Pénal International et Européen* (2000), 1100-1. Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law* (2008), 162 y ss. (177).

⁷⁵ *Ambos Brief*, supra nota 5, párr. 7.

Es difícil discrepar con la Cámara en cuanto a la regla consuetudinaria que prohíbe el terrorismo y las consiguientes obligaciones de los Estados de prevención y represión (el derecho a perseguir existe de todas formas sobre la base del principio de territorialidad y la Cámara se quedó corta al no imponer obligaciones más amplias a los Estados, tales como la obligación de cooperar en la lucha contra el terrorismo⁷⁶). Con todo, una cuestión diferente es inferir, sin más, de esta prohibición la existencia de un crimen internacional de terrorismo. En efecto, la misma Cámara reconoce que una prohibición consuetudinaria no convierte automáticamente a un delito en un crimen internacional⁷⁷. Recurriendo a la fundamental decisión sobre jurisdicción de la Cámara de Apelaciones del TIPY en *Tadic*⁷⁸, la Cámara sostiene que la «responsabilidad penal individual a nivel internacional» presupone la «responsabilidad penal individual» del autor⁷⁹. Esto o bien se aproxima a una *petitio principii*, desde que identifica lo que ha de ser probado («responsabilidad penal individual») con la misma conclusión («responsabilidad penal individual a nivel internacional»)⁸⁰, o bien el argumento no tiene sentido, porque el supuesto a probar y la conclusión no pueden ser iguales. Por lo tanto, lo que la Cámara parece querer decir en verdad o debería haber dicho es que los criterios de *Tadic*, propuestos para asimilar violaciones al derecho internacional humanitario en conflictos armados internacionales y en conflictos armados no internacionales, criminalizando los últimos⁸¹, debería ser aplicada con vistas a chequear si la prohibición de terrorismo en efecto se ha convertido en un crimen internacional. Desafortunadamente, la Cámara no sigue este camino metodológicamente más razonable, sino que salta directamente a los criterios para determinar la existencia de tal criminali-

⁷⁶ La Cámara considera que esta obligación no es aún parte de la regla, pero «plausiblemente está en nacimiento» (*Decision*, supra nota 6, párr. 102 in fine).

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 103.

⁷⁸ TPIY, *Tadić, Jurisdictional Decision*, supra nota 30, in casu párr. 94 y ss.

⁷⁹ *Decision*, supra nota 6, párr. 103.

⁸⁰ El argumento se acerca, pero no llega a constituir una *petitio principii* (razonamiento circular), porque no asume como verdadero lo que debe ser probado (véase sobre esta falacia R. J. ALDISERT, *Logic for Lawyers: A Guide to Clear Legal Thinking* (1997), 27, 208; J. JOERDEN, *Logik im Recht* (2005), 334–5).

⁸¹ La Cámara de Apelaciones en *Tadić*, supra nota 30, párr. criminalización de violaciones al derecho internacional humanitario en conflictos armados no internacionales: (i) la violación debe constituir una infracción a una regla de derecho internacional humanitario; (ii) la regla debe tener naturaleza consuetudinaria o, si pertenece al derecho convencional, deben cumplirse las condiciones requeridas; (iii) la violación debe ser «grave», esto es, debe constituir una infracción a una regla que proteja valores importantes, y la infracción debe ocasionar graves consecuencias a la víctima; (iv) la violación de la regla debe conllevar, según el derecho internacional consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona que la infringe.

zación: la intención de criminalizar la infracción de la regla debe ser probada a través de declaraciones de funcionarios gubernamentales y a través del castigo de tales violaciones por cortes nacionales⁸². La Cámara pretende demostrar esto en un párrafo (¡sic!)⁸³, señalando la extendida criminalización doméstica del terrorismo, lo que, de manera similar a los casos de crímenes de guerra, constituye la base para la (subsiguiente) internacionalización del delito. Para la Cámara, esta tendencia fue en efecto «fortalecida a través de la aprobación de robustas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la ONU condenando el terrorismo, y la conclusión de una gran cantidad de tratados internacionales»⁸⁴. La Cámara enfatiza, en particular, el hecho de que el Consejo de Seguridad haya caracterizado al terrorismo, a diferencia de otros delitos transnacionales (por ejemplo, blanqueo de capitales y tráfico de drogas), como una «amenaza a la paz y seguridad»⁸⁵. Este tratamiento especial del terrorismo y su «gravedad percibida», concluye la Cámara, «confirma» que «es un crimen internacional clasificado como tal por el derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario, y, por lo tanto, supone la responsabilidad penal de individuos»⁸⁶. En consecuencia, la regla consuetudinaria identificada por la Cámara tiene no sólo una dimensión colectiva (dirigida a Estados y entidades similares a Estados), sino también una individual, al imponer sobre individuos la «obligación estricta» de abstenerse de realizar actos de terrorismo, junto con el derecho correlativo de cada Estado de «hacer cumplir tales obligaciones a nivel nacional»⁸⁷. La única limitación de esta regla fuerte consiste, según la Cámara, en su aplicación en tiempos de paz, dado que su extensión a conflictos armados se encuentra aún *in statu nascendi*⁸⁸.

2.2. *El punto de vista más convincente: terrorismo como un crimen basado en un tratado particularmente grave, cercano a un «auténtico» crimen internacional*

El derecho penal internacional («DPI») actual distingue entre meros crímenes basados en tratados y crímenes internacionales / suprana-

⁸² *Decision*, supra nota 6, párr. 103, refiriéndose a *Tadi*, supra nota 30, párr. 128-137, en la nota al pie 203.

⁸³ *Ibid.*, párr. 104.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*; también párr. 110.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 105.

⁸⁸ *Ibid.*, paras. 107 y ss. (109).

cionales «auténticos» o nucleares⁸⁹. Ejemplos, de los últimos son principalmente los crímenes de los artículos 5 a 8 del Estatuto de la CPI⁹⁰. En cambio, los crímenes basados en tratados son esencialmente crímenes transnacionales, objeto de las llamadas «convenciones para la represión», tales como la Convención contra la Tortura de la ONU⁹¹, el Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas⁹², o las convenciones sobre estupefacientes de la ONU⁹³. La diferencia jurídica esencial entre estos tipos de crímenes es que los crímenes basados en tratados sólo pueden ser hechos cumplir por los Estados a nivel nacional. En efecto, estas «convenciones para la represión» sólo disponen que los Estados partes competentes criminalicen y repriman estos crímenes a nivel nacional⁹⁴. Por el contrario, los crímenes internacionales auténticos crean responsabilidad penal

⁸⁹ Cfr. C. KRESS, «International Criminal Law», en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2008), edición electrónica, disponible en www.mpepil.com, nm. 6 y ss. (derecho penal internacional transnacional y supranacional *stricto sensu*); Cryer y Wilmshurst, supra nota 88, p. 4-5 (crímenes transnacionales e internacionales); P. GAETA, «International Criminalization of Prohibited Conduct», en A. Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), 63, p. 69 (crímenes internacionales en sentido propio y crímenes con base en tratados); D. Luban, «Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law», en S. BESSON y J. TASIOLAS (eds.), *The Philosophy of International Law* (2010), 569, p. 572 (derecho penal internacional puro y derecho penal transnacional con base en tratados); M. MILANOVIĆ, «Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care)» (2011) 9 JICJ 25, p. 28 y la nota al pie 7. Véase también AMBOS, supra nota 58, § 7, nm. 117 a 275.

⁹⁰ Véase AMBOS, *ibid.*, § 5, nm. 3, § 7, nm. 117; G. WERLE, *Principles of International Criminal Law* (2009), p. 29; KRESS, *ibid.*, nm. 15; CRYER y WILMSHURST, *ibid.*, p. 4; Gaeta, *ibid.*, pp. 66 y ss.; CASSESE, supra nota 73, p. 12, extiende esta lista a la tortura y a «algunas formas extremas de terrorismo internacional». R. Kolb, *Droit international penal* (2008), 68-9, reconoce, además de los crímenes nucleares de competencia de la CPI, «crímenes internacionales» en razón de su «naturaleza intrínseca», distinguiendo entre crímenes públicos (estatales) y privados (ordinarios); sin embargo, no proporciona criterios para la delimitación de los crímenes transnacionales.

⁹¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, GA Res. 39/46 del 10 de diciembre de 1984, 1465 UNTS 85 («Convención contra la Tortura»).

⁹² Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, UN Doc. A/RES/52/164 (1997), 2149 UNTS 256 («Convenio contra Ataques Terroristas con Bombas»).

⁹³ Convención Única sobre Estupefacientes, del 30 de marzo de 1961, 250 UNTS 151 («Convención Única»); Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, del 20 de diciembre de 1988, 1582 UNTS 95 («Convención de Viena sobre Estupefacientes»).

⁹⁴ Véanse, por ej., los arts. 2(1) y 4 de la Convención contra la Tortura, supra nota 90: «Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción»; «velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos

individual verdadera (establecen obligaciones sobre individuos⁹⁵) al tiempo que fundan un derecho correlativo a hacer cumplir esas obligaciones por instituciones supranacionales (como la CPI) o por Estados, independientemente de su criminalización a nivel nacional⁹⁶ y de los vínculos de jurisdicción tradicionales (reemplazando los criterios de territorialidad, nacionalidad, y el principio de protección por la jurisdicción universal *stricto sensu*)⁹⁷. A veces, la diferencia está claramente expresada en el derecho. Compárese, por ejemplo, el artículo 1 de la Convención contra el Genocidio («crimen de derecho internacional») con el artículo 4(1) de la Convención contra la Tortura de la ONU («Todo Estado parte ... delitos conforme a su legislación penal»)⁹⁸. Sin embargo, incluso tales claras disposiciones no resuelven la cuestión por completo, dado que siempre puede argumentarse, como de hecho hace la Cámara, que un crimen originalmente basado en un tratado se convirtió en un crimen internacional auténtico por medio del derecho consuetudinario internacional. Así, por ejemplo, el hecho de que la prohibición de la tortura haya alcanzado actualmente incluso el estatus de *jus cogens*⁹⁹ y, por consiguiente, deba ser tratada de la misma

conforme a su legislación penal»; «castigará esos delitos». En la misma línea, el art. 4 del Convenio contra Ataques Terroristas con Bombas, supra nota 91: «Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para: (a) Tipificar, con arreglo a su legislación interna ...; (b) Sancionar esos delitos con penas adecuadas»; los arts. 2 y 3 de la Convención de Viena sobre Estupefacientes, *ibid.*: «las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos»; «adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno». Véase también WILMSHURST, supra nota 73, pp. 335-6; Gaeta, supra nota 88, p. 63.

⁹⁵ Cfr. WERLE, supra nota 89, p. 29; KRESS, supra nota 88, nm.10; CRYER y WILMSHURST, supra nota 88, p. 8 (con referencia a la fundamental cita de la sentencia del TMI de Núremberg).

⁹⁶ Véase WERLE, *ibid.*, p. 29; Kress, *ibid.*, nm. 10; Gaeta, supra nota 88, pp. 65, 69-70.

⁹⁷ CASSESE, supra nota 73, p. 11-12; GAETA, *ibid.*, p. 72. Si la jurisdicción universal en un sentido puro y absoluto (en oposición a una jurisdicción universal subsidiaria y relativa) habrá de ser siempre aplicable, esto debe ser así en relación con los auténticos crímenes internacionales; véase, por ej., el § 1 del Código Penal Internacional alemán; para el fundamento teórico, véase Ambos, supra nota 58, § 3, nm. 94; K. AMBOS, «Prosecuting Guantánamo in Europe: Can and Shall the Masterminds of the ‘Torture Memos’ Be Held Criminally Responsible on the Basis of Universal Jurisdiction?» (2009) 42 Case WRJIL 405, p. 443 ss., ambos con ulteriores referencias. La jurisdicción universal absoluta, aunque teóricamente razonable, es, sin embargo, la excepción; normalmente, la «jurisdicción universal» está limitada de varios modos, tal como el requisito de la presencia; para una visión general, con base en una investigación a nivel mundial de seis volúmenes, H. KREICKER, «Völkerstrafrecht im Ländervergleich» (2006) 7 *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* 191.

⁹⁸ Para el texto completo, véase supra nota 93.

⁹⁹ TPIY, *Prosecutor v. Furunzija*, sentencia del 10 de diciembre de 1998, Case No. IT-95-17/1-T, párr. 153-157.

manera que la prohibición de *jus cogens* del genocidio¹⁰⁰, puede apoyar el punto de vista, recientemente expresado por el Instituto de Derecho Internacional¹⁰¹, de que la tortura de mero crimen transnacional se ha convertido en un auténtico crimen internacional. De manera similar, podrían mencionarse algunas «convenciones para la represión» que se hacen eco, aunque sólo en el preámbulo, de la preocupación internacional respecto a «sus» crímenes¹⁰², y/o dan prioridad a la obligación de *judicare* (perseguir) sobre la de *dedere* (extraditar)¹⁰³, siguiendo el, así llamado, modelo de La Haya del Convenio sobre Apoderamiento Ilí-

¹⁰⁰ CIJ, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentencia del 26 de febrero de 2007, párr. 161, con más referencias.

¹⁰¹ Véase el art. I de la Resolución de 2009 del Instituto de Derecho Internacional sobre Inmunidad y Crímenes Internacionales según la cual la tortura pertenece, junto al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra a los «graves crímenes de derecho internacional» (citada en A. Bellal, «The 2009 Resolution of the Institute of International Law on Immunity and International Crimes» (2011) 9 JICJ 227, p. 233); concordantemente Cassese, *supra* nota 73, p. 12; cfr. Gaeta, *supra* nota 88, p. 68-9.

¹⁰² En el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, UN Doc. A/RES/59/290 (2005), 2445 UNTS 89 («Convención contra el Terrorismo Nuclear»), los actos son considerados una amenaza a «la paz y seguridad internacionales». En algunas convenciones, son considerados como un «motivo de profunda preocupación para toda la comunidad internacional» (Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, UN Doc. A/RES/584 (1988), 1678 UNTS 201 («Convención sobre Seguridad Marítima»); Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, UN Doc. A/RES/54/109 (1999), 39 ILM 270 («Convenio sobre Financiación del Terrorismo»)) o un asunto que «preocupa gravemente (a la comunidad internacional)» (Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 16 de diciembre de 1970, 860 UNTS 106 («Convenio contra Apoderamiento Ilícito de Aeronaves»); Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 23 de septiembre de 1971, 974 UNTS 178 («Convenio sobre la Seguridad de la Aviación Civil»); Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional, complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 23 de septiembre de 1971, 1589 UNTS 474 («Protocolo sobre Aeropuertos»); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 14 de diciembre de 1973, 1035 UNTS 168 («Convención sobre Agentes Diplomáticos»); Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, 26 de octubre de 1979, 1456 UNTS 125 («Convención sobre Materiales Nucleares»); Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, del 17 de diciembre de 1979, 1316 UNTS 206 («Convención contra la Toma de Rehenes»). Todas las convenciones pueden encontrarse en www.un.org/terrorism/instruments.shtml.

¹⁰³ Cfr. el art. 5(2) de la Convención contra la Toma de Rehenes, *ibid.*; art. 6(4) de la Convención sobre Seguridad Marítima, *ibid.*; art. 7(4) del Convenio sobre Financiación del Terrorismo, *ibid.*; art. 9(4) de la Convención contra el Terrorismo Nuclear, *ibid.*; art. 6(4) del Convenio contra Ataques Terroristas con Bombas, *supra* nota 91;

cito de Aeronaves¹⁰⁴. De este modo se reconoce un genuino interés universal en la persecución de los delitos en cuestión¹⁰⁵. El problema con esto, como de todo enfoque de derecho consuetudinario internacional —como fue puesto en evidencia por la Cámara—, es que raramente produce resultados no ambiguos. Por consiguiente, se debería insistir en el enfoque más cauto y, en todo caso, más cierto de requerir una clara declaración del derecho, tal como el artículo I de la Convención contra el Genocidio. Ciertamente, tal declaración no sustituye el desarrollo de criterios sustantivos en cuanto a la «internalización»¹⁰⁶ —volveremos sobre este punto en un momento—, pero elimina la ambigüedad acerca de si los Estados quieren en verdad internacionalizar un crimen¹⁰⁷. Como mínimo, lo que debería ser requerido, antes de comenzar la discusión acerca de la posible internacionalización de un crimen, es una clara declaración de *soft law*, tal como una resolución de la Asamblea General o una declaración autoritativa de la Corte Internacional de Justicia en ese sentido. De otro modo, la alegada internacionalización de una conducta criminal prohibida, como la declaración «unilateral» de un tribunal internacional, tendrá poco efecto; incluso puede convertirse en una victoria pírrica, si los Estados la objetan persistentemente y no la hacen cumplir.

Es sorprendente que la literatura sobre DPI, aparte de algunas excepciones notables¹⁰⁸, casi no discute de manera sistemática los criterios que determinan si un delito se ha convertido en un crimen de derecho internacional. En efecto, la misma Cámara de Apelaciones construye su argumento sobre una combinación, muy confusa, de referencias a la decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadić* (aunque no los criterios sustantivos desarrollados en esa decisión) y declaraciones que expresan la gravedad del terrorismo, contenidas especialmente en resoluciones del Consejo de Seguridad, sin, no obstante,

¹⁰⁴ Convenio contra Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, *supra* nota 101, art. 7 (persecución por el Estado que detiene al infractor, *forum deprehensionis*, en caso de que no lo extradite, independientemente de una anterior solicitud y denegación de extradición por el Estado competente).

¹⁰⁵ Cfr. KRESS, *supra* nota 88, nm. 8.

¹⁰⁶ En este sentido, crítico de un enfoque basado puramente en un tratado, Gaeta, *supra* nota 88, p. 70.

¹⁰⁷ Véase también KRESS, *supra* nota 88, nm. 8: «verdadero examen ... acerca de si los Estados acuerdan la internacionalización de una regla de derecho penal y a través de ello crean un crimen de derecho internacional».

¹⁰⁸ Cfr. CASSESE, *supra* nota 73, pp. 11-12 (cuatro requisitos); WERLE, *supra* nota 89, p. 29 (tres requisitos); demasiado amplio M. Ch. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law* (2003), p. 114-15 (ignorando la responsabilidad penal). Véase también, implícitamente, Cryer y Wilmschurst, *supra* nota 88, pp. 4 y ss.

presentar y discutir de manera sistemática los posibles criterios para una internacionalización¹⁰⁹. Esto es aún más sorprendente, desde que el mismo presidente del tribunal es una de las notables excepciones arriba mencionadas, habiendo propuesto muchos criterios en su destacado manual sobre DPI¹¹⁰. Sea como fuera, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, especialmente los criterios de *Tadić*¹¹¹, para que se pueda hablar de un crimen de derecho internacional deben cumplirse tres criterios:

1. la prohibición respectiva (norma primaria) debe ser parte del derecho internacional¹¹²;
2. una infracción a esta prohibición debe ser particularmente grave, a saber, debe afectar valores universales importantes¹¹³; y
3. la infracción debe implicar responsabilidad penal individual¹¹⁴ por sí misma, a saber, independientemente de una criminalización en el derecho penal nacional¹¹⁵.

Si se aplican estos tres criterios al terrorismo, el primero y el segundo se cumplen claramente —en efecto, la Cámara usa los mismos criterios¹¹⁶ y demuestra convincentemente que el terrorismo es un ataque contra valores universales¹¹⁷—. Sin embargo, el tercero, que es ciertamente el crucial, merece una consideración más profunda. La misma Cámara reconoce que la internacionalización de un delito nacional requiere «que los Estados y organizaciones intergubernamentales, a través de sus actos y pronunciamientos, aprueben esta actitud, expresando claramente el punto de vista de

¹⁰⁹ Supra notas 82 y ss y el texto principal en relación con esas notas.

¹¹⁰ CASSESE, supra nota 73, p. 11-12.

¹¹¹ Supra nota 80.

¹¹² WERLE, supra nota 89, p. 29; CASSESE, supra nota 73, at 11 (centrándose en el derecho internacional consuetudinario).

¹¹³ Cfr. CASSESE, supra nota 73, p. 11, requisitos n° 2 y 3; Bassiouni, supra nota 107, pp. 114-15 (especialmente, paz y seguridad); WERLE, *ibid.*, p. 31-2; Kress, supra nota 88, nm. 10, 11; CRYER y WILMSHURST, supra nota 88, p. 6-7; WILMSHURST, supra nota 73, p. 335; Gaeta, supra nota 88, p. 66.

¹¹⁴ Véase *Decision*, párr. 103; WERLE, supra nota 89, p. 29, KRESS ya supra nota 88, nm. 10; CRYER y WILMSHURST, supra nota 88, p. 8; y el texto principal relativo a esas notas.

¹¹⁵ WERLE, supra nota 89, p. 29, KRESS ya supra nota 88, nm. 10; GAETA, supra nota 88, p. 65, 69-70; y el texto principal relativo a esas notas.

¹¹⁶ Cfr. CASSESE, supra nota 73, p. 11, requisitos n° 2 y 3; *Decision*, supra nota 6, párr. 91: «no necesita ser considerado por la comunidad mundial como un ataque a valores universales ... o a valores considerados de importancia fundamental en esa comunidad».

¹¹⁷ Véase ya supra nota 68 y el texto principal, con otras referencias.

que la comunidad mundial considera el delito en cuestión como constitutivo de un crimen internacional»¹¹⁸. En otras palabras, se requiere una declaración clara en cuanto a la criminalización internacional del delito en cuestión. Esto se aproxima al punto de vista arriba expresado¹¹⁹ de que la criminalización internacional debe ser claramente declarada por el derecho. Sin embargo, esa clara declaración no existe. En efecto, el hecho de que el terrorismo no sea parte de los crímenes nucleares del Estatuto de la CPI y que hasta ahora no haya sido posible adoptar una convención *integral* sobre el terrorismo¹²⁰, prueba, más bien, lo contrario, a saber, que el terrorismo no es (aún) reconocido como un crimen internacional por sí mismo¹²¹. La misma Cámara hace referencia a la circunstancia de que el terrorismo sea hecho cumplir (indirectamente) «a nivel nacional»¹²² y así confirma el punto de vista general de que este delito es sólo parte de las «convenciones para la represión» que establecen obligaciones de implementación sobre los Estados. Esto, a su vez, demuestra que, de hecho, no existe un crimen internacional de terrorismo independientemente del derecho penal nacional (o, en realidad, de la circunstancia de que sea hecho cumplir a nivel nacional). Además, el argumento de la Cámara de un tratamiento especial del terrorismo en comparación con otros crímenes transnacionales¹²³ sólo demuestra que el terrorismo es un delito transnacional «especial», que puede estar más próximo a un auténtico crimen internacional que delitos transnacionales «comunes». Este estatus especial del terrorismo es confirmado, de hecho, por el resultado de nuestro «examen de crimen internacional» de tres niveles. El hecho de que el terrorismo cumpla los primeros dos criterios, pero no el tercero, muestra que se encuentra entre un delito transnacional ordinario basado en un tratado y un crimen internacional en sentido

¹¹⁸ *Decision*, supra nota 6, párr. 91.

¹¹⁹ Supra la nota 96 y el texto principal.

¹²⁰ *Report of the Ad Hoc Committee Established by General Resolution 51/210, A/58/37 (2003)*; *Decision*, supra nota 6, párr. 88, y la nota al pie 138.

¹²¹ Éste también es el punto de vista dominante en la literatura; véase Werle, supra nota 89, p. 30; CRYER y WILMSHURST, supra nota 88, p. 4-5; WILMSHURST, supra nota 73, p. 338. El Instituto de Derecho Internacional, supra nota 100, tampoco incluye al terrorismo en su lista (aunque ésta no es exhaustiva) de «graves crímenes de derecho internacional». Cfr. CASSESE, supra nota 73, p. 12, 162 ss., quien sostiene que «algunas formas extremas de terrorismo» son crímenes internacionales (p. 12) y que el terrorismo es «un crimen internacional discreto cometido en *tiempo de paz*» (p. 177, énfasis en el original). Deja la cuestión abierta, Gaeta, supra nota 88, p. 69, quien, por un lado, incluye el terrorismo entre los crímenes que no son internacionales, y, por el otro, advierte «una tendencia clara» hacia la criminalización supranacional en tiempo de paz.

¹²² Supra nota 105 y el texto principal.

estricto. Se puede decir que está en camino hacia el nivel supremo de un auténtico crimen internacional.

Hay aún otra cuestión de principio de la que la Cámara no se ocupa. Dado que los delitos de terrorismo son cometidos típicamente por actores no estatales (por ejemplo, individuos particulares), su criminalización internacional importaría un cambio cualitativo de la criminalización internacional de «crímenes de Estado» hasta ahora existente hacia la de crímenes de individuos particulares. Esto no es *per se* un argumento decisivo en contra de tal criminalización, pero importaría un «tercer paso generacional» llevando el derecho penal internacional «al área de los conflictos transnacionales entre Estados y organizaciones privadas destructivas»¹²⁴. Las consecuencias de tal paso merece una consideración cuidadosa.

2.3. *Perspectivas para el futuro: los elementos de un crimen internacional de terrorismo*

Los elementos de un emergente crimen internacional de terrorismo pueden ser inferidos de varias definiciones de fuentes nacionales e internacionales a través de una comparación sistemática. En este sentido, la descripción general que hizo la Cámara de varias fuentes de derecho nacional e internacional¹²⁵ es una útil contribución al debate internacional sobre la definición de terrorismo.

2.3.1. Los elementos objetivos (*actus reus*)

Las convenciones regionales pertinentes¹²⁶, las resoluciones de la Asamblea General de la ONU (desde 1994)¹²⁷, la resolución 1566/2004

¹²³ Supra nota 84 y el texto principal.

¹²⁴ Véase KRESS, supra nota 88, nm. 37, quien ve al DPI de primera generación «inseparablemente vinculado a la existencia de una guerra» (nm. jurisdicción en el caso *Tadić* (supra nota 30) y se completa con la codificación del crimen de agresión (nm. 37).

¹²⁵ *Decision*, supra nota 6, párr. 83 ss. Véase también *Ambos Brief*, supra nota 5, párr.4).

¹²⁶ *Decision, ibid.*, párr. 88, y la nota al pie 135.

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 88, y la nota al pie 136.

del Consejo de Seguridad¹²⁸, el Convenio sobre la Financiación del Terrorismo¹²⁹, y el proyecto de una Convención Integral sobre el Terrorismo¹³⁰ prevén la comisión de un acto criminal que cause daño a la vida, la integridad o la propiedad¹³¹, incluida la amenaza concreta¹³² o una tentativa de cometer tal acto¹³³, como el único elemento objetivo del delito¹³⁴. El requisito del acto también es parte del derecho nacional examinado por la Cámara¹³⁵. También es posible asumir sin temor a equivocarse que la mayoría de los derechos nacionales abarcan actos preparatorios sea por medio de disposiciones generales sobre tentativa o bien a través de la inclusión de actos preparatorios en la definición del delito¹³⁶.

¹²⁸ *Ibid.*, párr. 88, y la nota al pie 137. Las resoluciones posteriores no proporcionan definiciones precisas, sino que declaran solamente que el terrorismo constituye una de las amenazas más graves para la paz y seguridad internacionales [por ej. Res. S/RES/1617 (2005)]. A veces, un ataque particular, tal como el ocurrido el 7 de julio de 2005 en Londres, ha sido calificado como «terrorista» [Res. S/RES/1611 (2005)].

¹²⁹ Convenio sobre Financiación del Terrorismo, supra nota 101, art. 2(1) (que se refiere a los actos delictivos de las otras convenciones sobre el terrorismo [letra (a)] y a «[c]ualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones personales graves» [letra (b)]; mencionada en la *Decision*, supra note 6, párr. 88 y la nota al pie 139.

¹³⁰ *Decision*, *ibid.*, párr. 88, y la nota al pie 138. Sobre esto véase también David, supra nota 73, p. 1125 ss.

¹³¹ El primer párrafo del artículo respectivo del Proyecto de Convención, supra nota 119, establece: «Toda persona comete un delito en el sentido de esta Convención si, por cualquier medio, *ilícitamente* e intencionalmente causa (a) la muerte o una lesión corporal grave a cualquier persona; o (b) un daño grave a la propiedad pública o privada» (énfasis añadido). Véase también el art. 2(1)(b) del Convenio sobre Financiación del Terrorismo citado supra nota 128.

¹³² El segundo párrafo del artículo respectivo del Proyecto de Convención, supra nota 119, habla de una «amenaza grave y creíble» de cometer tal acto.

¹³³ El art. 2(2) del Convenio contra Ataques Terroristas con Bombas, supra nota 101, el art. 2(3) del Convenio sobre Financiación del Terrorismo, supra nota 101, el art. 1(a) del Convenio contra Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, supra nota 101, el art. 2(1)(d) de la Convención sobre Agentes Diplomáticos, supra nota 101, el art. 1(2) de la Convención contra la Toma de Rehenes, supra nota 101, el art. 7(1)(f) de la Convención sobre Materiales Nucleares, supra nota 101, y el art. 3(2) de la Convención sobre Seguridad Marítima, supra nota 101, criminalizan la tentativa de cometer los actos respectivos.

¹³⁴ *Decision*, supra nota 6, párr. 88.

¹³⁵ *Ibid.*, párr. 91 ss. (97).

¹³⁶ También los sistemas nacionales establecen la punibilidad general de la tentativa de delitos graves (crimen, *felony*, *Verbrechen*) y califican al terrorismo como un delito grave (por ej., §§ 12(1), 23(1), 129a del *Strafgesetzbuch* alemán («StGB»); arts. 121-4, 421-1 del *Code Pénal* francés («CP»); arts. 15, 571 ss. del *Código Penal* español; arts. 29, 30, 205 del Código Penal de Rusia) o directamente sancionan actos terroristas tentados (por ej., capítulo C-46 (2) delito de terrorismo (d) del Código Penal de Canadá; § 2332(b) del Código Penal estadounidense (USC, USA); capítulo 11 parte 1 de la Ley sobre Terrorismo de Gran Bretaña).

Varias convenciones especializadas de la ONU van más allá del requisito del acto general y criminalizan actos específicos de terrorismo¹³⁷, tales como la toma de rehenes¹³⁸, el secuestro de aeronaves¹³⁹, actos violentos a bordo de aeronaves¹⁴⁰, y ataques contra representantes diplomáticos¹⁴¹. Además, estas convenciones exigen un *elemento trasnacional*, esto es, que estén involucrados al menos dos países en términos de territorio y autores/víctimas¹⁴²; sin embargo, este elemento no es parte de la definición del delito, sino, más bien, una regla jurisdiccional que limita la aplicación de la convención respectiva a delitos de terrorismo con dimensiones trasnacionales¹⁴³. La Cámara llega al mismo resultado al establecer que este elemento «no contribuye [*sic*] a la definición de terrorismo»¹⁴⁴, pero su razonamiento no es claro¹⁴⁵. Además, es posible preguntarse cómo este elemento puede ser parte de la regla consuetudinaria sugerida por la Cámara¹⁴⁶ si no es parte de la definición del delito, pero, al mismo tiempo, esta regla pretende establecer los elementos vigentes de esta definición¹⁴⁷.

¹³⁷ Véase *Decision*, supra nota 6, párr. 89, y las notas 140 y ss.

¹³⁸ Convención contra la Toma de Rehenes, supra nota 101, art. 1: «se apodere de otra (...) o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida»

¹³⁹ Convenio contra Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, supra nota 101, art. 1(a): «ilícitamente ... se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma».

¹⁴⁰ Convenio sobre la Seguridad de la Aviación Civil, supra nota 101, art. 1(1): «realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia»; «destruya una aeronave en servicio».

¹⁴¹ Convención sobre Agentes Diplomáticos, supra nota 101, art. 2(1): «homicidio, secuestro, u otro atentado contra la integridad física»; «atentado violento contra los locales oficiales».

¹⁴² Véase por ej., el art. 3 del Convenio contra Ataques Terroristas con Bombas, supra nota 91: «[e]l presente Convenio no será aplicable cuando el delito se haya cometido en un Estado, el presunto delincuente y las víctimas sean nacionales de ese Estado». Véase también *Decision*, supra nota 6, párr. 89-90; Bassiouni, supra nota 107, p. 115; Wilmschurst, supra nota 73, p. 344; Cassese, supra nota 73, p. 165.

¹⁴³ Véase el art. 3 del Convenio contra Ataques Terroristas con Bombas, supra nota 91: «[e]l presente Convenio no será aplicable». Dicho elemento trasnacional es un requisito de la competencia supranacional; véase la más amplia competencia de la Unión Europea (Parlamento Europeo y Consejo) para «establecer reglas mínimas sobre la definición de delitos y sanciones en áreas de crímenes particularmente graves con *dimensión trasnacional*», art. 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Boletín Oficial de la Unión Europea C 83/47 del 30 de marzo de 2010 (énfasis añadido).

¹⁴⁴ *Decision*, supra nota 6, párr. 89 in fine.

¹⁴⁵ La Cámara también expresa, sin embargo, que este elemento trasnacional contribuye al «carácter ... *internacional* antes que *nacional*» del delito (énfasis en el original); por lo tanto, ella no es clara sobre la naturaleza jurisdiccional del elemento explicado en el texto.

¹⁴⁶ Supra nota 72 y el texto principal.

¹⁴⁷ Aún de manera más explícita, *Decision*, supra nota, párr. 111: «El crimen de terrorismo en el derecho internacional también requiere por supuesto que (ii) el acto terrorista sea trasnacional».

El requisito *objetivo* adicional del requisito del acto que exige la Cámara, sobre la base de su análisis de la legislación nacional, a saber, que debe ser «una amenaza a la estabilidad de la sociedad o del Estado»¹⁴⁸, de hecho, no se apoya en ese análisis. Aquí, la Cámara parece confundir los aspectos objetivo y subjetivo del delito —en efecto, ella no distingue claramente entre estos dos aspectos en su presentación—, dado que lo que califica como objetivo es de hecho subjetivo, pues toda referencia al efecto desestabilizador del acto terrorista está normalmente vinculado con la intención (especial) del autor (ver punto 2.3.2.1)¹⁴⁹. El único requisito objetivo posible del requisito del acto que se deriva de algunas, aunque no muchas, legislaciones nacionales¹⁵⁰ se refiere a los dispositivos o medios específicos (por ejemplo, explosivos, productos tóxicos; véase el artículo 314 CPL citado en el punto 1.3.1) utilizados al realizar el acto.

En suma, las fuentes pertinentes sólo indican un elemento objetivo de un posible crimen internacional de terrorismo, a saber, la comisión, incluida una amenaza concreta, de un acto criminal; este acto debe ser de gravedad¹⁵¹. Aunque el requisito del acto se corresponde con el primer elemento de la regla consuetudinaria de la Cámara¹⁵², su generalidad pone en evidencia el problema mismo de la regla: las fuentes disponibles permiten inferir, como mucho, en el sentido del mínimo denominador común de derecho internacional consuetudinario, un elemento objetivo tan general que difícilmente pueda conformar el requisito de *lex certa* del principio de legalidad¹⁵³. Aunque en los sistemas jurídicos nacionales la definición de un acto criminal se encuentra en las leyes o códigos penales, o, excepcionalmente, se deriva de crímenes de *common law* profundamente asentados, y, por lo tanto, un acto criminal es lo que el derecho nacional dice que es, el derecho internacional no prevé tales actos criminales. La calificación del acto como grave puede mitigar la cuestión, pero no la soluciona.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 97.

¹⁴⁹ Cfr. Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco sobre la Lucha contra el Terrorismo, 13 de junio de 2002 (2002/475/JHA), art. 1: «Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados ... cuando su autor los cometa con el *fin* de: ... desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional» (énfasis añadido). Varios Estados, por ej., Austria (§ 278c *StGB*), Bélgica (art. 137(1) *CP*), Alemania (§ 129a(2) *StGB*), los Países Bajos (arts. 83 ss. *Wetboek van Strafrecht*) y Dinamarca (§ 114(1) Código Penal) han adoptado esta definición casi literalmente.

¹⁵⁰ Cfr. *Decision*, supra nota 6, párr. 95.

¹⁵¹ Concordantemente y poniendo de énfasis en la gravedad del acto, Wilmshurst, supra nota 73, p. 344-5; demasiado amplio para cualquier acto criminal previsto en el derecho nacional, Cassese, supra nota 73, p. 165, 166, 177.

¹⁵² Supra nota 72 y el texto principal.

¹⁵³ Críticamente también David, supra nota 73, p. 1100-1.

2.3.2. Elementos subjetivos (*mens rea*)

2.3.2.1. *Intención general y especial.* Según la Cámara, las fuentes disponibles indican un doble elemento subjetivo: por un lado, el autor debe actuar con intención general respecto al acto criminal en cuestión, por ejemplo, homicidio, lesiones, toma de rehenes. Por el otro lado, se requiere una intención especial de diseminar miedo o coaccionar a una autoridad¹⁵⁴.

Con respecto a la intención general, surge el problema arriba mencionado: si un crimen internacional de terrorismo sólo alude a un acto criminal, sin especificar ese acto, como en el derecho nacional, por medio de definiciones concretas del delito, falta el objeto de referencia de la intención. En cuanto a la intención especial, ya he demostrado en mi *Amicus Curiae*¹⁵⁵ que las fuentes pertinentes generalmente prevén una intención especial «general» (normal), tal como está contenida en el artículo 314 CPL («intención de causar un estado de terror»)¹⁵⁶. Por el contrario, una intención especial «especial», que vaya más allá de la intención especial «general», a saber, la intención especial de un particular propósito político o ideológico, tal como «el propósito de coaccionar a un Estado u organización internacional a hacer o abstenerse de hacer algo»¹⁵⁷, sólo está previsto, si es que lo está, en algunos de los instrumentos relevantes. Así, la primera parte de la definición de intención especial de la Cámara (diseminar miedo entre la población), que se refiere a la intención especial «general», tiene una base sólida en el derecho internacional consuetudinario, mientras que la segunda parte (coaccionar a una autoridad), que se refiere a la intención especial «especial», es requerida, a lo sumo, en algunos instrumentos.

2.3.2.2. *Relevancia del motivo político o ideológico.* Según la Cámara, basándose en algunas fuentes selectivas¹⁵⁸, la intención especial «a menudo derivaría de un propósito político o ideológico subyacente»¹⁵⁹. Ciertamente, la Cámara no habla aquí de la intención especial «especial» discutida hace un momento, sino de un posible «propósito político o ideológico subyacente», a saber, el motivo o la

¹⁵⁴ *Decision*, supra nota 6, párr. 85, 111; concordantemente Cassese, supra nota 73, 166 ss. (168, 177).

¹⁵⁵ *Ambos Brief*, supra nota 5, párr. 6 ss. (19).

¹⁵⁶ Concordantemente WILMSHURST, supra nota 73, p. 347 (mencionando «diseminar terror» como intención especial general).

¹⁵⁷ A. CASSESE, «The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law» (2006) 4 JICJ 933, p. 957.

¹⁵⁸ *Decision*, supra nota 6, párr. 106, y las notas 204-7.

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 106.

motivación del autor. Tal motivo puede existir en algunos casos (donde el terrorista efectivamente persigue ciertos objetivos políticos), pero no en otros (donde el terrorista sólo persigue los objetivos de un criminal común bajo la apariencia de una supuesta agenda política). Sin embargo, la cuestión crucial en vistas a los elementos del delito de terrorismo es si esa motivación puede pertenecer a la definición del delito. La Cámara parece pensar que sí, dado que unas líneas después dice que «queda por verse si un día [el requisito del propósito en cuestión] emergerá como un *elemento adicional* del crimen internacional de terrorismo»¹⁶⁰. Además del hecho, reconocido por la misma Cámara unos párrafos antes¹⁶¹, de que una cantidad abrumadora de fuentes indican precisamente lo opuesto, a saber, que los motivos no deberían jugar ningún papel en el delito¹⁶², la Cámara parece aquí ignorar —por sus consideraciones— la diferencia entre intención y motivo en derecho penal. Intenté explicar esta diferencia en mi *Amicus Curiae*¹⁶³, sosteniendo esencialmente que el posible motivo, a saber, la *razón por la cual* un autor realiza cierto acto, es irrelevante para su intención («tesis de la irrelevancia»)¹⁶⁴; un motivo solamente puede ser tomado en consideración en la etapa de la determinación concreta de la pena como un factor atenuante o agravante. Sin embargo, excepcionalmente, un legislador puede hacer que ciertos motivos formen parte del elemento subjetivo de un delito, particularmente de una intención especial¹⁶⁵. Quizás la Cámara tenía esto en mente cuando confundió intención y motivo, haciendo que el último formara parte de la definición del delito. Dada la pericia y escritos de su presidente¹⁶⁶, es difícil de creer que la Cámara ignoró las impor-

¹⁶⁰ *Ibid.*, párr. 106 in fine (énfasis en el original). Véase también CASSESE, supra nota 73, p. 165 («política o ideológicamente motivado»).

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 98.

¹⁶² Cfr. *Ambos Brief*, supra nota 5, párr. 20 ss.; concordantemente Wilmshurst, supra nota 73, p. 347.

¹⁶³ *Ambos Brief*, *ibid.*, párr. 4-5, con otras referencias (aquí omitidas) en las notas al pie correspondientes.

¹⁶⁴ La tesis de la irrelevancia no es afectada por la discusión doctrinaria sobre un posible motivo para excluir la responsabilidad del «*délinquant par conviction*» («*Gewissenstäter*»); véase *Ambos Brief*, *ibid.*, párr. 5.

¹⁶⁵ Véase, por ej., la Decisión Marco del Consejo, supra nota 148, art. 1: «cuando su autor los cometa con el fin de: ... (iii) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional»

¹⁶⁶ Cassese, supra nota 73, p. 167 ss., claramente reconoce la distinción entre intención y motivo, la irrelevancia del último (p. 168) y la dificultad de probar el motivo (p. 169); sin embargo, aún piensa que el motivo debería ser un elemento del delito (también en la p. 177), aunque «por sí mismo [éste] puede no ser suficiente para la clasificación de un acto criminal como terrorista».

¹⁶⁷ Cfr. AMBOS, supra nota 58, § 7, nm. 275, con ulteriores referencias; véase tam-

tantes diferencias entre estos conceptos, pero, en todo caso, la falta de claridad en esta parte de la decisión ciertamente origina confusión.

3. Conclusión

Aunque la Cámara de Apelaciones del TEL va demasiado lejos al pretender que existe un crimen internacional de terrorismo, ella ha hecho en efecto una importante contribución para el surgimiento de tal crimen y su definición. Ciertamente, en este momento es posible considerar al terrorismo, como mucho, como un crimen transnacional basado en un tratado particularmente grave —probablemente, comparable a la tortura— y que está a punto de convertirse en un auténtico crimen internacional. Además, formas extremas de terrorismo pueden constituir crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad y así ser punibles según el derecho internacional¹⁶⁷. Si bien los elementos de terrorismo sugeridos por la Cámara tienen *grosso modo* una sólida base en el derecho internacional consuetudinario, su falta de precisión (especialmente, el elemento objetivo de un acto criminal) prueba la falta de consenso de la comunidad internacional en cuanto a los detalles de la definición de un crimen internacional de terrorismo.

bién WILMSHURST, *supra* nota 73, p. 349 y ss.; CASSESE, *ibid.*, pp. 171 y ss. (177); críticamente KRESS, *supra* nota 88, nm. 37.

