

Algunos problemas jurídicos relativos al caso de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid*

Agata Serranò**

Resumen

Este artículo se propone analizar algunos problemas jurídicos que llevaron a la absolución de *Rabei Osman El Sayed Ahmed*, alias *Mohamed El Egipcio*, imputado por delito de pertenencia y/o integración en organización terrorista y como inductor de los atentados del 11-M en Madrid. A través del examen de su absolución, destacaremos, por una parte, como la complicada estructura en red de un grupo terrorista yihadista puede dificultar la reconstrucción de los hechos y la determinación de los autores materiales y/o «intelectuales» de actos delictivos cometidos en el marco de tales organizaciones. Por otra, señalaremos la necesidad urgente de colmar algunas carencias detectadas en el sistema normativo nacional y europeo a fin de asegurar la efectiva *punibilidad* de los responsables de delitos de terrorismo especialmente de carácter yihadista.

Palabras clave: terrorismo yihadista, red del 11-M, autoría intelectual de los atentados, efectiva punibilidad.

Summary

This article intends to analyse some of the legal problems that led to the acquittal of *Rabei Osman El Sayed Ahmed*, alias *Mohamed El Egipcio*, charged with the crime of belonging to and/or being a member of a terrorist organisation and an abettor of the attacks in Madrid on the 11th of March. Via the examination of his acquittal we will highlight, on the one hand the way the complicated structure of the network of a Jihadist terrorist group can hinder the reconstruction of facts as well as the pinpointing of those who physically carried out the criminal attacks and/or the «mastermind» behind them within the framework of these kinds of organisations. On the other hand we will underline the urgent need for addressing some of the loopholes detected in the national as well as European legal systems in order to ensure the effective *punishability* of the culprits of terrorist crimes, and in particular those of a Jihadist nature.

Key words: Jihadist terrorism, 11th of March network, mastermind of the attacks, effective punishability.

* Agradezco sentidamente a María de la Luz González Martín, Rocío María Amador, Jorge Lobo Esteban por haberme proporcionado parte del material inicial a partir del cual he elaborado este estudio y a la Prof. María Victoria García del Blanco de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos para sus sugerencias y correcciones.

** Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. Laurea in Scienze Politiche, Università della Calabria (Italia). Premio de investigación italiano «Nicola Calipari» en 2006 con estancia de investigación llevada a cabo en la Universidad de Jaén. Autora del libro SERRANÒ, A. (2009): *Le armi razionali contro il terrorismo contemporaneo, la sfida delle democrazie di fronte*

alla violenza terroristica, prólogo de Silvio Gambino y J. Alberto del Real Alcalá, Giuffrè editore, Milano. Esta obra ha sido finalista del *Premio internacional jurídico-científico G. Falcone P. Borsellino*, otorgado por la Università Carlo Cattaneo di Varese en 2010. Actualmente en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid es doctoranda en «Análisis y Prevención del Terrorismo» e investigadora en el proyecto 'Assessing support initiatives for victims of terrorism in the United Kingdom and Spain: Lessons for the European Context', financiado por la Comisión Europea. Su última estancia de investigación en el extranjero fue en 2010 en la *University of Ulster*, en Irlanda del Norte (UK).

1. Introducción

El objeto del presente trabajo lo constituye básicamente el análisis de diferentes puntos de interés relacionados con la absolución de *Rabei Osman El Sayed Ahmed*, alias *Mohamed El Egipcio*, imputado por delito de pertenencia y/o integración en organización terrorista y como inductor de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid, en el que murieron 191 personas y quedaron heridas 1841¹.

Las sentencias absolutorias de *Rabei Osman* a las que haremos referencia durante todo este trabajo son, en primer lugar, la de primera instancia dictada por la Audiencia Nacional el 31 de octubre de 2007² y, en segundo lugar, la que resuelve el recurso de apelación dictado por el Tribunal Supremo el 17 de julio de 2008³, más comúnmente llamadas por los medios de comunicación «sentencias del 11-M».

El examen de la absolución de *Rabei Osman* nos llevará a dos cuestiones que, a nuestro parecer, constituyen los puntos claves y más interesantes del caso del 11-M desde la perspectiva del derecho penal: *la difícil determinación de la autoría y de la participación en aparatos organizados de poder*, como son las organizaciones terroristas yihadistas y *la debida/indebida aplicación del principio non bis in idem*.

Por lo que se refiere a la absolución de *Rabei Osman* como autor del delito de pertenencia a organización terrorista en grado de dirigente⁴, conforme la citada sentencia de la Audiencia Nacional, la existencia de una previa condena en Italia —considerada erróneamente como firme—, ha llevado a la apli-

cación del principio *non bis in idem*, que establece la prohibición de penar dos veces una misma conducta.

A lo largo de este trabajo relacionaremos los Fundamentos de Derecho de esta resolución de la Audiencia Nacional, absolviendo en primera instancia a *Rabei Osman*, con los argumentos de la sentencia condenatoria italiana y evaluaremos si, contrariamente a lo finalmente decidido, el reo *habría podido ser condenado* conforme a lo previsto en los art. 515.2º y 516.1º del Código penal español.

Expondremos, además, el pronunciamiento del Tribunal Supremo que confirma la absolución, matizando no obstante los argumentos de la Audiencia Nacional: si, por una parte, desestima los recursos de las acusaciones en cuanto a la condena del imputado, por otra, considera inaplicable el principio *non bis in idem* en el caso concreto.

La imposibilidad de calificar a *Rabei Osman* como inductor, pondrá de manifiesto cuáles han sido las dificultades de prueba que han impedido determinar quien ha sido el «autor intelectual» del atentado⁵. Se destacarán, además, las lagunas jurídicas en ámbito penal que, a nuestro parecer, habría que colmar a nivel nacional, europeo e internacional para que no se repitan situaciones de injusta *impunidad* como la que trataremos a continuación.

2. La absolución de *Rabei Osman*: la escasa reconstrucción de los hechos y la problemática valoración de la prueba ante la Audiencia Nacional

Examinando la Sentencia del Tribunal Supremo 503/2008, de 17 de julio, se evidencia que ante la Audiencia Nacional se han

¹ Rabei Osman El Sayed Ahmed, nacido en Egipto en 1971 pero desde los años noventa en territorio europeo, fue acusado por el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Nacional, tribunal competente para juzgar sobre los hechos de los atentados de Madrid, por ser responsable de los siguientes delitos:

- delito de pertenencia y/o integración en organización terrorista en concepto de autor material en grado de dirigente (Arts. 515.2º y 516.1º del CP);
- 191 delitos de asesinato terrorista en concepto de autor por inducción (Art. 572.1.1º en relación con el Art. 139 CP);
- 1841 delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa (Art. 572.1.1º en relación con los Arts. 139, 16 y 62 CP);
- 4 delitos de estragos terroristas (Art. 571 en relación con el Art. 346 CP);

En virtud de dicha calificación el Ministerio Fiscal solicitó un total de penas que ascendían a 32.482 años de prisión. La defensa de Rabei Osman se interesó de la nulidad de todo lo actuado y, en el caso de que él fuera considerado por el Tribunal autor de algún delito, pidió la absolución por aplicación del principio del *non bis in idem*, sin que en modo alguno la petición pudiera traducirse en la admisión de la culpabilidad de su defendido.

² SAN n.º 65/2007, de 31 de octubre (JUR 2007/328722).

³ STS n.º 503/2008, de 17 de julio (JUR 2008/307130).

⁴ Conforme a lo previsto en los artículos 515 y ss. del Código penal español.

⁵ Cfr. Jordán J. (2007): *¿Por qué no se conoce la autoría intelectual del 11-M?*, Athena Assessment, n. 6/07 del 2 de Noviembre de 2007, Athena Intelligence, Red de Investigación Avanzada en Insurgencia y Terrorismo, www.athenaintelligence.org.

producido carencias en la descripción fáctica que ha imposibilitado la condena por el delito de pertenencia por el que se ha acusado a *Rabei Osman*, así como, también, una dudosa valoración de las pruebas que han determinado los hechos que han llevado a la absolución.

¿A qué se ha debido la escasa reconstrucción de los hechos y la problemática valoración de la prueba ante la Audiencia Nacional?

Por lo que se refiere a la primera parte de la pregunta, resulta útil destacar, ante todo, la significativa dificultad que normalmente existe a la hora de reconstruir los hechos delictivos perpetrados bajo el manto de una organización terrorista islamista y que afecta determinadamente a la posibilidad de establecer quienes hayan sido sus autores materiales y/o «intelectuales» y los partícipes. Dicha dificultad es debida sobre todo a la complicada estructura en red en que se estructura la organización terrorista islamista. Como «organización estructurada de poder», se caracteriza por la ausencia de jerarquías claramente marcadas sustituida por una estructura de poder, horizontal y descentralizada, que se organiza de manera capilar, hasta su nivel más sencillo, las células. Tal estructura, por una parte, aumenta la posibilidad de extensión de la organización terrorista a diferentes países y la rapidez de adaptación a los cambios del contexto en el que opera. Por la otra parte, dificulta a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y a nuestros jueces y tribunales determinar la concreta responsabilidad material y también aquella otra que podríamos conceptuar como «ideológica o intelectual», no permitiendo reconstruir bien los hechos y confrontar las pruebas necesarias.

En segundo lugar, más concretamente, como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo, la causa de las graves carencias en los hechos probados de la actuación del imputado en la Sentencia de la Audiencia Nacional provocó que la prueba de la *pertenencia de Rabei Osman a una organización terrorista de corte yihadista*, tuvo que basarse casi exclusivamente en la descripción de los hechos probados de la sentencia condenatoria dictada en Italia por la que *Rabei Osman*⁶.

Por otra parte, al estimar la existencia de identidad subjetiva y objetiva entre los hechos juzgados en Italia y aquellos que se estaban juzgando en España, la Audiencia Nacional procedió erróneamente a la excepción de cosa juzgada (consecuencia del principio *non bis idem*), la cual impide seguir otro procedimiento sobre el mismo hecho y la misma persona, puesto que, según el Tribunal, la causa anterior había sido resuelta mediante sentencia firme. La aplicación del *non bis in idem* absolvió a *Rabei Osman*. Literalmente: «el delito de pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista es un delito permanente, existiendo identidad objetiva y subjetiva entre la presente causa y aquella por la que ha sido condenado el procesado en Italia, por lo que debe operar la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho».

Al día de hoy, conforme lo que se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo, que coincide con nuestra opinión, se puede afirmar que si la Audiencia Nacional no hubiera comenzado su análisis por la posibilidad o no de aplicación —como erróneamente aplicó— el principio *non bis in idem* y, como tribunal de instancia, hubiera llevado a cabo un detallado análisis de la prueba de las relaciones de *Rabei Osman* con los miembros del llamado «grupo de Leganés» que atentó en Madrid, así como el examen de la sentencia dictada en Italia, se habría podido comprobar la no existencia de la excepción de cosa juzgada, pudiendo tal vez condenar a *Rabei Osman* como miembro de la organización que atentó en Madrid. Resulta en todo caso complicado que haya admitido la identidad objetiva del hecho sin haber entrado en la prueba de la actuación del sujeto.

Sin embargo, las dificultades no hubieran acabado aquí, puesto que, aún cuando no se hubiera aplicado la excepción de cosa juzgada, la reconstrucción de los hechos hubiera exigido que las pruebas se ajustaran a nuestro ordenamiento procesal interno, planteando serias dudas de legitimidad algunas de las pruebas de cargo admitidas por el Tribunal italiano. Lo cual pone de manifiesto la importancia de la colaboración internacional en materia policial y judicial y la necesidad de la armonización de ordenamientos en esta materia en pos de una mayor efectividad. De hecho, como el terrorismo islamista es global y

⁶ Recordamos que dicha sentencia del 6 de noviembre de 2006 por el primer Tribunal de lo Penal de Milán condena a *Rabei Osman* por el delito de «associazione a delinquere con finalità di terrorismo anche internazio-

nale», según el art. 270 bis del Código Penal Italiano (correspondiente en el Código Penal español al delito de *pertenencia y/o integración en organización terrorista* en el art. 515.2º y 516.1º).

al mismo tiempo transnacional⁷, los hechos delictivos muy a menudo se llevan a cabo en diferentes países. Esto provoca que en el momento de juzgar los hechos, el Tribunal competente de un determinado Estado pueda tener que examinar pruebas que han sido obtenidas en un país diferente, según procedimientos que conforme a su ordenamiento pueden no resultar válidos y que, por lo tanto, impidan la condena del sujeto. En estos casos, la colaboración y la cooperación policial y judicial europea en materia penal es determinante.

Este es el caso del juicio del 11-M, en el que, gracias a varias comisiones rogatorias entre España e Italia, se obtuvieron diferentes pruebas, procedentes en la mayoría de intervenciones italianas en las comunicaciones, algunas de las cuales no fueron admitidas por la Audiencia Nacional como pruebas de cargo contra *Rabei Osman*, por resultar incompatibles con nuestro ordenamiento procesal.

Entrando más en el detalle, hay que señalar que dichas conversaciones se habían utilizado anteriormente como pruebas de cargo para condenar a *Rabei Osman* en Italia en la sentencia italiana de la *Corte d'Assise di Milano* del 6 de noviembre de 2006. Tales conversaciones fueron intervenidas por la DIGOS, División Operativa Especial del Cuerpo de la Policía Italiana, desde el 29 de marzo hasta la fecha de su arresto en Milán, el 7 de junio de 2004. Según su contenido, se desprende que *Rabei Osman* pertenece a una *organizzazione criminal di carácter internazionale*,

con conexiones en los atentados de Casablanca y de Madrid, *en la que desarrolló una posición de maestro y de guía*. Es evidente, además, por el contacto del reo con personas afines a Al Qaeda, que dicha *organizzazione supranazionale* a la que él pertenece está enmarcada en un programa de yihad terrorista islamista⁸.

Además, especialmente en una de las mencionadas conversaciones, *Rabei Osman* se atribuye la «autoría intelectual» de los atentados de Madrid cuando afirma: «No quiero ocultarte que el atentado de Madrid lo hemos hecho nosotros, la operación de Madrid la he preparado yo, el proyecto es mío, el grupo, son todos amigos míos. Cinco han muerto y Dios les ha dado el premio y ocho se han quedado en la cárcel y yo era su hilo, pero Dios no ha querido mi muerte por él»⁹.

Tales conversaciones llegaron a ser presentadas por la Fiscalía como pruebas de cargo en el juicio del 11-M ante la Audiencia Nacional. Sin embargo, la Audiencia señaló que, tanto las conversaciones citadas, como otras pruebas similares, eran claramente equívocas. Asimismo señaló que las pruebas periciales realizadas sobre las cintas obtenidas de las citadas intervenciones, tanto en Italia como en tres ocasiones en España, no evidenciaban que en realidad *Rabei Osman* hubiera hecho mención alguna a la organización de Al Qaeda ni se hubiera atribuido de forma directa o indirecta la autoría intelectual de los citados atentados¹⁰. Hay que añadir, en fin, que se rechazaron como prueba de cargo porque se consideró que violaban del derecho

⁷ Véase REINARES, F. (2006): *Conceptualizando el terrorismo internacional*, ARI n. 82/2005 del 1/7/2005, www.realinstitutoelcano.org; así también en AA.VV., *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Instituto español de estudios estratégicos, ministerio de defensa, Cuadernos de estrategia, n. 133.

⁸ Sentencia italiana de la Corte d'Assise di Milano del 6 de noviembre de 2006, pág. 53, FJ 10. «*Per ciò che finora si è osservato emerge chiaramente il ruolo di Rabei: membro influente all'interno di Al Qaeda e al vertice della cellula islamica accusata della strage di Madrid*».

⁹ Sentencia italiana de la Corte d'Assise di Milano del 6 de noviembre de 2006, pág. 32, FJ 6.2. «*Precisamente in questo contesto generale, Rabei, abbassando la voce rivela al suo interlocutore che è lui a tenere l'idea, per tanto il progetto...che la strage di Madrid era stato un progetto suo che lui aveva lavorato per quell'idea*»

¹⁰ Sobre las conversaciones se practicaron varias pruebas periciales, incluida una conjunta con los intérpretes que hicieron la traducción en Italia. El día 22 de mayo, el intérprete con número B-12, expuso cómo no oyó las cintas sino que hizo las traducciones sobre las transcripciones en árabe de las conversaciones —ff. 83890 ratificación ante el instructor, 69066 y ss.

entrega de la traducción—. Éste intérprete aclaró que cuando se habla de grupo no es equivalente a organización y que la expresión «los jóvenes» es muy utilizada y no implica conocer a aquellos a los que se refiere. El 30 de mayo se practicó una segunda pericial, ésta propuesta por la defensa del procesado, pero practicada por los intérpretes a disposición del Tribunal. Estos, sobre la grabación 1339-12 afirmaron que, al contrario de lo que dicen sus colegas italianos, en la conversación no se menciona a Al Qaeda y no existe la frase de atribución de los atentados de Madrid, concluyendo que carece de rigor y precisión —ff. 8803 a 8854 del tomo 26 del rollo de Sala—. En la tercera y definitiva pericial, en la que estuvieron presentes los intérpretes italianos, todos los peritos españoles, dos de la Unidad Central de Información Exterior, los dos que hicieron la pericial de la defensa y el perito habitual de la Audiencia Nacional, coincidieron en la inexistencia de la frase en la que el procesado se atribuye los atentados. A diferencia de las periciales anteriores, en esta contaron con la grabación depurada o filtrada que trajeron desde Italia los intérpretes de allí. Sin embargo, sus conclusiones no variaron. En consecuencia, el Tribunal no puede dar por probada esas conversaciones con el contenido inculpativo que las acusaciones pretenden. La investigación de las autoridades italianas ha sido encomiable

al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 de la CE. Sin embargo, aunque en la Constitución Italiana está igualmente prevista la protección del mismo derecho fundamental, el constituyente italiano, en cuanto a la intervención en las comunicaciones, restringe a un nivel inferior que el español la efectividad de este derecho fundamental.

Como consecuencia de lo anterior, la Audiencia Nacional estableció que no había pruebas suficientes para condenar a *Rabei Osman* por el delito de inducción y, consecuentemente, absolvió.

De estas consideraciones podemos llegar a concluir que influyeron en la escasa descripción fáctica de la sentencia de la Audiencia Nacional:

- La errónea aplicación del principio *non bis in idem* por la Audiencia Nacional;
- La complicada estructura en red de la «organización de poder» terrorista yihadista;

Además, concurrieron a obstaculizar la correcta valoración de la prueba en su día:

- la ineficacia de *la cooperación policial y judicial europea en materia penal*;
- la falta de una completa *homogeneización/armonización* europea tanto de la legislación antiterrorista en general como, en específico, de la que regula las intervenciones de las comunicaciones en materia de terrorismo.

3. La red del 11-M: una «red yihadista de base autónoma» calificable como una organización terrorista en sí misma

Como hemos mencionado, la complicada estructura en red de una organización terrorista yihadista puede dificultar la reconstrucción de los hechos y la delimitación de la intervención de autores, materiales y/o «intelectuales», como de los partici-

pes de un hecho delictivo perpetrado en el marco de la actuación de la «organización de poder».

Pero ¿cómo es la estructura de una organización terrorista yihadista? Y, más concretamente, ¿cómo era la estructura de la red que perpetró los atentados el 11 de marzo de 2004 en Madrid?

Antes de destacar los rasgos más importantes de la red que atentó en Madrid, como su funcionamiento y los roles desempeñados por sus miembros en su seno, creemos necesario especificar la diferencia entre Al Qaeda como movimiento, las redes directamente asociadas a ella y las que son *redes de base* autónomas, como era la del 11-M¹¹.

Por una parte, Al Qaeda es un conglomerado jerárquico heterogéneo de redes, organizaciones y células que forman parte del *movimiento yihadista global*. Ella se puede considerar, además, como el centro neurálgico del cual provienen las reglas globales que cohesionan las diferentes organizaciones asociadas. Sin embargo, en la mayoría de los casos representa más un punto de referencia, un centro simbólico, que una dirección estructurada de la cual estas dependen directamente.

Por otra parte, existen *las redes yihadistas de base*, como la que actuó en los atentados del 11-M, que están constituidas por grupos de personas que aceptan los objetivos estratégicos del *movimiento yihadista global* y a los que intentan contribuir desde el país donde residen. Estos grupos de personas constituyen «células» integradas en redes terroristas que tienen estructuras orgánicas independientes, completamente autónomas, que a menudo se instalan en países occidentales. Las redes yihadistas de base *son equiparables o calificables como organizaciones terroristas en sí mismas* porque son autónomas en términos de planificación táctica, gestión, reclutamiento y financiación¹². Tales redes, además, poseen una estructura multiforme en la cual existe una distribución operativa y utilitaria de tareas y roles así como una existencia temporal en función exclusiva del

y han permitido probar sin duda alguna la pertenencia del procesado a las células terroristas de tipo yihadistas, en las que realizaba, entre otras, una fuerte labor de proselitismo y captación. Sin embargo, respecto a los atentados de Madrid del 11 de marzo de 2004, no aportan, con la certeza exigida por el derecho penal, prueba de la intervención como autor o partícipe del acusado. Los escasos datos que hubo han sido considerados ambiguos y equívocos y, a lo sumo, acreditaron que Osman Rabei tenía

información general sobre la posible producción de los atentados, no que los ordenara, coordinara o dirigiera, por lo que procedió su absolución.

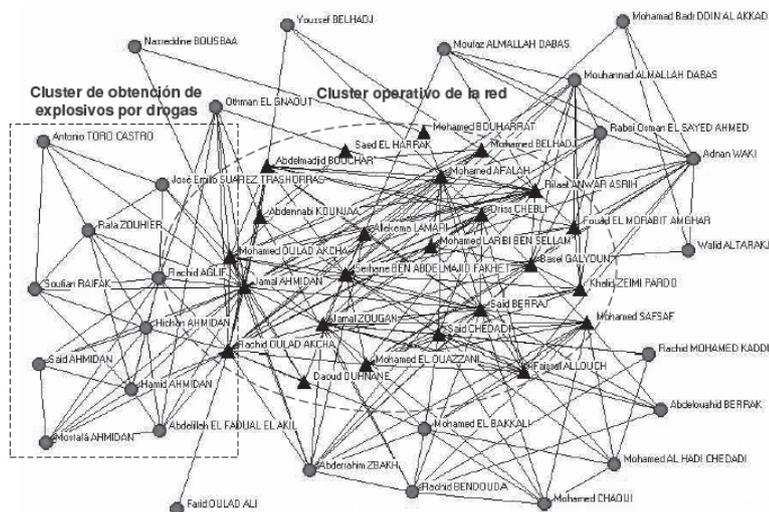
¹¹ Jordán J., Mañas F. M., Trujillo H., *Perfil sociocomportamental y estructura organizativa de la militancia yihadista en España. Análisis de las redes de Abu Dahdah y del 11-M*, en www.athenaintelligence.org

¹² Cfr. Jordan J., *Las redes yihadistas en España, evolución desde el 11-M*, Athena Intelligence Occasional Paper, n.17, 4 de octubre de 2007.

objetivo específico que persiguen. De hecho, ellas pueden surgir y desaparecer en relación directa con el fin que, en un determinado momento, se ha propuesto cumplir el grupo concreto, más o menos amplio, de personas que comparte una determinada ideología y un objetivo criminal común¹³. Como la estructura, también los líderes y miembros de una red de base no pertenecen formalmente a la estructura jerárquica de Al Qaeda ni de otras organizaciones asociadas del movimiento yihadista global, aunque ocasionalmente pueden tener relación con miembros de estas organizaciones.

Según las investigaciones policiales, la pertenencia de los individuos a la red del 11-M no ha sido incompatible, además,

con la colaboración o la pertenencia con otras redes diferentes de manera simultánea. Por ejemplo, varios de los miembros de la red del 11-M tenían relación, a su vez, con otras redes de mayoría marroquí en otros países de Europa y dentro de Marruecos, algunas de ellas pertenecientes a la organización formal del Grupo Islámico Combatiente Marroquí (en el caso de *Yussuf Belhadj* y *Hassan El Haski*¹⁴). De este modo, aunque resulta posible delimitar el mapa del grupo en términos de composición y funciones, conviene tener muy presente que la frontera de la red no vincula a sus miembros a la hora de participar en las actividades de otras células locales o redes yihadistas.



Nota: Se han señalado con triángulo oscuro los miembros del cluster operativo dentro de la red (es decir, aquellos que supuestamente participaron de manera directa en la preparación o ejecución de los atentados), y con círculos todos los demás.

¹³ Para comprender la organización de Al Qaeda se pueden consultar diversos manuales contrastados como por ejemplo: Sageman M. (2004): *Understanding terror networks*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia. Para el caso concreto de la red del 11-M ver: Jordán J., Mañas F. M., Trujillo H., *Perfil sociocomportamental y estructura organizativa de la militancia yihadista en España. Análisis de las redes de Abu Dahdah y del 11-M*, en www.athenaintelligence.org.

¹⁴ El 23 de septiembre de 2008, el juez de la Audiencia Nacional, Eloy Velasco, ha acordado la entrega temporal a Marruecos de Hassan El-Haski,

condenado a 14 años de cárcel como integrante de banda armada en el juicio por los atentados de Madrid. El Haski, será procesado allí por los atentados de Casablanca de mayo de 2003, en los que fallecieron 41 personas. Después, volverá a España para cumplir el resto de su condena, que el Tribunal Supremo redujo el pasado 18 de julio de 15 a 14 años. La sentencia lo consideró integrado en la cúpula del Grupo Islámico Combatiente Marroquí (GICM), organización terrorista inspirada por Al Qaeda, y como tal lo condenó por pertenencia a banda armada en grado de dirigente. Manuel Altozano, *El País*, Madrid, 23/09/2008.

Según algunos analistas¹⁵, la red del 11-M es el resultado de cuatro *clusters* previos de yihadistas, o sea de cuatro subgrupos, cuyos seguidores no se encuentran enlazados directamente entre sí sino con una persona que guía el grupo. En nuestro caso los cuatro *clusters* eran el de *Serhane y Maymouni*, el de *Jamal Zougam*, el de *Allekema Lamari* y el de *Jamal Ahmidan 'el Chino'*.

Desde el examen de diversos documentos intervenidos en los escombros del piso de Leganés y en el propio ordenador de *Jamal Ahmidan* alias '*el Chino*', se deduce que la posición más relevante dentro de la red pertenecía a la/s persona/s que difundía/n el mensaje «teológico-político» con el fin de hacer proselitismo. Este cargo estaba ocupado por *Rabei Osman El Sayed*, *Yussef Belhadj* y *Hassan El Haski* (figuran con un cuadrado rojo en el gráfico de abajo). Como podemos ver, destaca en la red del 11-M, el *cluster* operativo, con *Serhane 'el Tunecino'* y *Jamal Ahmidan 'el Chino'*, a la cabeza, al que se supone pertenecían los individuos responsables de la preparación inmediata y la ejecución de los atentados, siete los cuales se suicidaron en el piso de Leganés el 3 de abril de 2004.

4. La autoría y participación de un hecho delictivo en «aparados organizados de poder»: la difícil imputación de los crímenes a los dirigentes

Una vez esbozada la estructura de la «organización de poder» que atentó en Madrid, ha llegado el momento de especificar desde la perspectiva del Derecho penal. En primer lugar, cuáles son las características que permiten establecer cuando estamos en frente de una asociación u organización ilícita. En segundo lugar, trataremos de explicar cómo se determina la responsabilidad de aquellos individuos que participan en hechos delictivos cometidos al amparo o dentro del marco de las organizaciones de poder ilícitas. En tercer lugar, haremos referencia a la jurisprudencia española sobre casos de delitos cometidos en organizaciones jerarquizadas para evaluar cómo, hasta ahora, se

han imputado los crímenes cometidos por los dirigentes en aparados de poder jerarquizados. En fin, introduciremos brevemente la teoría de la autoría mediata ideada por Claus Roxin e intentaremos establecer si en el caso de *Rabei Osman*, existiendo hechos probados de su participación y autoría en los atentados del 11-M, se hubiera podido aplicar dicha categoría.

La primera pregunta a la que queremos contestar es: ¿Cuáles serían los requisitos necesarios que nos permitirían establecer que un grupo de personas que realizan hechos delictivos constituyen una organización criminal?

Tal y como señala Choclán Motalvo¹⁶, se pueden identificar determinadas condiciones que deben concurrir para estar en presencia de una «organización criminal» en sentido jurídico-penal, aunque no todas ellas se presentarán con la misma importancia en todas las organizaciones criminales¹⁷, pero sí en las que más precupan en la actualidad. Estas condiciones serían las siguientes:

- a) *La agrupación de una pluralidad de personas*: en este sentido es evidente por lo tanto que la delincuencia organizada es ante todo una delincuencia en grupo.
- b) *La existencia de un centro de poder* en el que se toman las decisiones y que, en ocasiones, se encuentra disociado de las personas que ejecutan el hecho o hechos delictivos.
- c) *Actuación a distintos niveles jerárquicos* de modo tal que los órganos ejecutivos, en su individualidad, desconocen a menudo el plan global, siendo informado sólo de la parte del plan asumida.
- d) *Sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder* con pérdida de moral individual y férrea disciplina. En determinados casos se imponen leyes internas como la «ley del silencio» o «ley de fraternidad» con promesas de cohesión interna y fidelidad al poder coactivo del aparato.
- e) *Fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros de la organización* que actúan en los niveles inferiores. En este sentido la organización criminal tiene un eminente carácter de autorenovación, tanto de los niveles inferiores como superiores.

¹⁵ Jordán J., Mañas F. M., Trujillo H., *Perfil sociocomportamental...Op. Cit.*, págs. 15-21. El mismo artículo es la fuente del gráfico que hemos utilizado en la página siguiente.

¹⁶ Choclán Motalvo, J.A. (2001): «La criminalidad organizada. Concepto. Asociación ilícita. Problemas de autoría y participación», en Carlos Granados (dir.) *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial*, II-2001, CGPJ, Madrid, pp. 217 y ss.

¹⁷ Para profundizar sobre los aspectos comunes a las varias formas de criminalidad organizada véase BERIA DI ARGENTINE A. (1991): «Una riflessione sui fenomeni della criminalità organizzata e del terrorismo», en A.A.V.V., (Studi in onore di Giuliano Vassalli), *Evoluzione e Riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990*, volume II, Giuffrè editore, Milano.

- f) *Profesionalidad*, en cuanto que hacen uso y aplican las nuevas tecnologías y logísticas, destacando sobre todo las derivadas de la globalización de las comunicaciones, que contribuye sin lugar a dudas al desarrollo y mantenimiento de las organizaciones criminales.
- g) *Movilidad internacional* que permite la ejecución de hechos delictivos con carácter transnacional.
- h) *Apariencia de legalidad* y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios.
- i) *Intención sociopolítica o ánimo de lucro* dependiendo del tipo de organización de la que se trate y del fin o móvil que la misma persiga.
- l) Las manifestaciones delictivas que se realizan por las mismas deben tener la consideración de *delincuencia grave*.

Todas esas características se pueden asociar al modelo de «organización terrorista de carácter yihadista». Sin embargo, creemos necesario matizar el contenido de los puntos b) y c) especificando que en estas últimas organizaciones los niveles jerárquicos no son estructurados de forma vertical, como la estructura que mantiene la organización terrorista ETA o como lo hubieran podido ser en una organización terrorista de extrema izquierda o de extrema derecha de «los años de plomo» europeos del siglo xx. Más bien, como hemos mencionado a lo largo de este artículo, las organizaciones terroristas yihadistas tienen una «jerarquía horizontal» y, conforme vayan siendo más independientes de Al Qaeda, estarán más descentralizadas y, según los casos, poli-céntricas.

En el marco europeo, una definición que engloba algunas de las características citadas y que introduce otras más afines a la estructura de organización yihadista es la contenida en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea del 13 de junio de 2002 según la cual «[...] Se entenderá por «grupo terrorista» toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por «organización estructurada» se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada».

¹⁸ Zúñiga Rodríguez, L. (2006): *Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal*, en Zúñiga L.,

En conclusión, según lo antedicho, podríamos afirmar que:

- como el terrorismo tiene carácter asociativo, los actos terroristas, aunque cumplidos materialmente a nivel individual, se conciben y se ejecutan necesariamente en el marco de una «organización de poder»;
- en esta organización de poder, cada terrorista en el momento de perpetrar un acto delictivo, está desempeñando un rol determinado y cubriendo una posición específica con respecto a los otros miembros que pertenecen a ella.
- conforme vaya aumentando el número de los miembros y el tamaño de la organización los requisitos de la *fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros de la organización* que actúan en los niveles inferiores se cumplen más fácilmente en la realidad.

4.1. *La participación en el delito: la coautoría, la autoría mediata y la inducción*

Ahora bien, como (...) *en los delitos cometidos por organizaciones criminales hay un reparto de roles (...) unos sujetos planifican y otros ejecutan las órdenes. (...) Suele no coincidir quien realiza materialmente los hechos, con quien concibe el plan criminal (...) quienes realizan materialmente el delito son en realidad quienes menos poder de decisión han tenido sobre la ejecución final del mismo*¹⁸.

En estos casos, ¿Cómo se determina la responsabilidad de aquellos individuos que de una u otra forma participan, en hechos delictivos cometidos al amparo o dentro de marco de las organizaciones de poder? ¿Cómo se imputan los crímenes a los autores «intelectuales» y a los «materiales»? ¿Cómo se imputan los crímenes de los «subordinados» al dirigente?

Es evidente que, no todas las formas de intervención en un delito tienen la misma *naturaleza*, ni la misma *gravedad*, siendo determinante a la hora de establecer la responsabilidad criminal de los individuos que en el mismo participan.

Partiendo de este hecho, el Código penal español viene distinguiendo en sus arts. 27 y ss. a los responsables de los delitos y las faltas, estableciendo dos tipos distintos de responsabilidad:

Méndez C., Díaz D. (coords.) «El derecho penal ante la globalización», Colex, Madrid, Pág. 63.

los *autores* y los *cómplices*. El art. 28 establece una definición de quién tiene la consideración de autor y el art. 29 quién puede ser considerado como cómplice. Según la definición contenida en el Código penal se consideran autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. Igualmente señala en su párrafo segundo que, se consideran autores, los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría ejecutarlo.

Analizando algunos casos en la jurisprudencia española hasta hoy, podemos afirmar que en la mayoría de los casos de delitos cometidos en el marco de organizaciones terroristas jerarquizadas, como ETA, ha imperado la tesis de la coautoría¹⁹ o la inducción para imputar el crimen de los subordinados al dirigente. Ello se debe fundamentalmente a la amplitud con la que los tribunales españoles interpreten la coautoría (que en ocasiones se admite sin exigir intervención en fase ejecutiva, o sin analizar la esencialidad de la contribución) o la inducción (que el TS admite aún cuando se realice mediante personas interpuestas)²⁰.

Aunque nuestra jurisprudencia no descarta la construcción de la *autoría mediata por aparatos de poder*, concebida por Claus Roxin, nunca se ha aplicado concretamente. Según Roxin, el autor mediato, o autor detrás del autor, es aquel que es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados (...) en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles²¹.

En la teoría de la autoría mediata, Roxin distingue dos grandes bloques de tipos de delito. De un lado los *delitos de dominio* y de otro los *delitos de infracción de deber*. Dentro del primer grupo, y atendiendo a ellos desde el enfoque de la teoría de la autoría objetivo-material, aquella que gravita en torno a la

importancia de las contribuciones individuales en la comisión del delito, hay tres tipos:

- Delitos mediante *dominio de la acción*: el ejecutor material.
- Delitos mediante el *dominio de la voluntad*: el autor mediato.
- Delitos mediante el *dominio funcional*: la coautoría.

Los tres describen diferentes formas en que se ostenta dominio del hecho, pero el *hombre de atrás* sólo puede encajar en el dominio de la voluntad, es decir, en la *autoría mediata*²².

Para Roxin, el autor mediato no ejecuta materialmente (dominio de la acción), no efectúa una inducción pura, ni es estrictamente coautor, sino que se sitúa en un nivel diferente a las categorías mencionadas y es una figura clave en el suceso delictivo²³ que necesita una categorización apropiada²⁴.

Dentro de determinadas circunstancias y para determinados casos, según dicha teoría, se equipara normativamente la instigación a la ejecución de delitos a través de instrucciones con la ejecución en sí misma.

Efectivamente, Roxin prevé tres características necesarias que deben concurrir en el caso concreto:

1. *La fungibilidad*. Por fungibilidad²⁵ se entiende la intercambiabilidad de los ejecutores materiales, que son entendidos como piezas del engranaje de la organización, anónimos e intrascendentes, por todo lo cual su negativa a cumplir la orden delictiva, o caída de la estructura por cualquier otra causa, no suponen un problema para que quien imparte la orden la vea ejecutada. Dichas piezas serán sustituidas de inmediato. De este modo *el hombre de atrás* mantiene su centralidad en el hecho, ya que su *dominio de la organización*²⁶ es patente.
2. *La jerarquía*. Dicho dominio nos da la idea de que tiene que existir un cierto grado de jerarquía²⁷, bien sea total

¹⁹ Para la coautoría en el derecho penal véase, García Del Blanco, M.V., *La coautoría en el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

²⁰ STS 6461/2001 del 20/07/2001 (terrorismo de los GAL), castigo del dirigente organizador, los mandos intermedios y los ejecutores como coautores; STS 4718/2004 del 02/07/2004 (caso Hipercor), castigo del dirigente como inductor o cooperación necesario.

²¹ Roxin, C. (1994): *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, Pág. 273.

²² Véase Bolea Bardón C. (2000): *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

²³ Cfr. Roxin, C. *Op. Cit.* Págs. 163-164.

²⁴ Cfr. Aldunate Esquivel, E. E., «El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder». En www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/aldunate.htm

²⁵ Cfr. Roxin C., *Ibid.* Págs. 269-271.

²⁶ Cfr. Aldunate Esquivel E. E., *Ibid.*

²⁷ Cfr. Roxin C., *Ibid.* Págs. 273-274.

o intermedia (quien ordena asume a su vez la orden de otro, generando cadena de autores) dentro de la organización, para que el autor mediato pueda ejercerlo. Es un tipo de jerarquía que no necesita una presión directa sobre el ejecutor, está legitimada y ostenta sus galones en virtud de estar vinculada a la propia estructura de la organización.

3. *La actuación al margen del derecho.* La organización en su conjunto²⁸ opera de espaldas al ordenamiento jurídico, entendiendo esto desde la esencia de la propia organización, que esté en su *leitmotiv*, en su origen, constituirse en un ente criminal que no se sienta vinculado a ningún ordenamiento.

4.2. ¿Hubiera sido aplicable la autoría mediata en el caso de *Osman Rabei* por los hechos del 11-M?

El hecho de que la autoría mediata no haya sido nunca aplicada no significa que no pueda tener aplicación en futuro. De hecho el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17 de julio de 2008 sobre el caso que nos ocupa, al reexaminar la responsabilidad del acusado Hassan El Haski, por primera vez admite abiertamente la posibilidad teórica de la autoría mediata para determinar la responsabilidad penal del que imparte órdenes en aparatos organizados de poder, aunque, lamentablemente, no se considera aplicable al caso. El Tribunal Supremo resume de esta manera su doctrina al respecto: «La doctrina se ha cuestionado la responsabilidad del dirigente de una organización criminal respecto de hechos ejecutados por ésta en los que no interviene directamente. El llamado «hombre de atrás» puede ser considerado autor mediato en supuestos de crímenes cometidos en el ámbito de estructuras organizadas de poder. Aunque pensada para estructuras estatales al margen de ley, la teoría podría ser aplicada si las características determinantes cuya existencia se aprecia en aquellas, son también comprobables en otra clase de estructuras. Entre estas características pueden señalarse la posición fuera de ley; la jerarquía, que permite tanto dar la orden como su revocación, ambas de seguro cumplimiento; la responsabilidad del autor material por el hecho cometido, y la

fungibilidad de éste. Pero siempre será necesario, como se ha dicho, establecer la relación del autor mediato con el hecho cometido, al menos en orden al conocimiento de su ejecución en el marco de sus responsabilidades en la organización. Bien porque haya dado la orden o bien porque, conociéndola, pueda revocarla con éxito»²⁹.

Tales afirmaciones del Tribunal Supremo, nos hacen llegar a la conclusión de que, en el caso de *Osman Rabei*, si se hubiera profundizado en los hechos probados ante la Audiencia Nacional y se hubiera demostrado, así, su pertenencia a la red del 11-M, su ideación, organización y dirección del estrago, muy probablemente habría sido posible imputarle dichos crímenes aplicando la categoría de la autoría mediata formulada por Roxin.

Hay que añadir que, si los tribunales españoles eligieran un día aplicar dicha teoría de la autoría mediata, también por el legislador sería necesaria una adecuación en la tipificación penal para una concreta atribución de la responsabilidad al autor mediato de los actos terroristas cumplidos en el marco de su organización de poder.

5. Posibles alternativas en la determinación de responsabilidad en aparatos organizados de poder

El avance, desde los años 90 fundamentalmente, del Derecho penal internacional —ámbito natural del futuro enjuiciamiento de organizaciones criminales supraestatales como es nuestro caso— ha sido impulsada fundamentalmente por la creación de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda y la reapertura del proceso de creación de una Corte penal internacional, que se verá completada además por la asunción por diversas jurisdicciones internas, entre ellas la española, del enjuiciamiento de delitos internacionales, fundamentando su competencia especialmente en el principio de jurisdicción universal. Es preciso recordar que en la actualidad están abiertos ante tribunales españoles numerosos procesos por crímenes internacionales, referidos a las dictaduras argentina y chilena, el caso Guatemala, caso Couso, caso Tibet, caso Falung Gong, Ruanda, Sahara, etc.

²⁸ Cfr. ROXIN C., *Ibid.* Págs. 274-276.

²⁹ STS n.º 503/2008, de 17 de julio (JUR 2008/307130), Impugnaciones en relación con el acusado Hassan El Haski, FJ 95º.

Esta actividad, junto con la firma y ratificación del Estatuto de Roma, ha llevado a numerosas legislaciones internas a incorporar tipos penales, reglas y principios propios del Derecho penal internacional, y que en ocasiones eran desconocidos antes en las legislaciones internas. Entre esas reglas y principios nacidos en el ámbito del Derecho penal internacional que se incorporan al derecho penal interno encontramos algunas referidas a la intervención delictiva. No sólo el Estatuto de Roma ha hecho introducir en nuestro Código penal nuevas formas de responsabilidad penal —como la responsabilidad del superior jerárquico, en el Capítulo II Bis «Delitos de lesa humanidad», arts. 607 bis del CP español—, sino que además la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha ido forjando nuevas figuras o nuevas interpretaciones de algunas ya conocidas que han tenido influencia en las jurisprudencias nacionales, entre ellas la española.

Un estudio de los criterios utilizados para definir a los autores y partícipes en la jurisprudencia tanto internacional como nacional sobre crímenes internacionales demuestra una clara influencia mutua y el trasvase de nuevos conceptos e interpretaciones de una a otra para hacer frente a una forma de delincuencia que se muestra especialmente compleja en materia de intervención delictiva. Los tribunales internacionales se han nutrido de los conceptos de la dogmática penal basados en las regulaciones nacionales, pero con frecuencia los han transformado y desarrollado para hacer frente a la específica problemática que presenta en este terreno el delito internacional y a los fines que en cada caso se planteaba el tribunal. Los tribunales nacionales con frecuencia han asumido explícita o implícitamente esos nuevos desarrollos que acaban creando nuevas formas de imputación.

Así, por ejemplo, una de las doctrinas más importantes y controvertidas utilizadas por los tribunales *ad hoc* para condenar como autor al interviniente en crímenes internacionales realizados bajo el amparo de organizaciones criminales ha sido la llamada *doctrina de la empresa criminal común* (ECC). Aunque la imputación como autor sobre la base del plan común proviene de la jurisprudencia de la segunda guerra mundial lo cierto es que en aquel entonces en realidad no se distinguía autoría y participación; todos eran autores según un concepto unitario —por lo menos en los procesos del Tribunal Militar Internacional y en los juicios ante tribunales americanos de ocupación (los tribunales alemanes aunque sí pretendían distinguir llegaron a soluciones similares a través de un concepto subjetivo de au-

tor) —. A través de la Empresa Criminal Conjunta los tribunales *ad hoc* han establecido que aquél en quien se pruebe acuerdo de voluntades, contribución—de cualquier clase— al plan común y dolo directo respecto de la ejecución del hecho forma parte de la empresa criminal común y responde, con independencia de la importancia objetiva de la contribución, como autor de cualquier delito cometido por otro miembro dentro de la empresa común.

Pero además, según esta doctrina, todo miembro del acuerdo también será responsable a título de autor de cualquier otro delito cometido por cualquier otro miembro de la empresa, aunque ese otro delito no formara parte del plan, siempre que su comisión fuera previsible de la ejecución de la empresa común. La cuestión se complica más si cabe por la ausencia de criterios claros y restrictivos para definir el propósito criminal de la empresa o la previsibilidad de los crímenes que no son objeto del propósito común.

La doctrina reconoce que esta figura se utiliza para garantizar la imputación de responsabilidad en casos en que existe el convencimiento de la comisión de los hechos por parte del acusado pero el fiscal no ha conseguido recabar las pruebas de la ejecución directa por el mismo, dado que en las situaciones de guerra es sumamente difícil individualizar responsabilidades y recabar pruebas, y también afirma la doctrina que la confusión entre Derecho penal internacional y Derecho internacional de protección de los derechos humanos ha llevado a una extensión tanto de los tipos penales como de las figuras de imputación infringiendo los principios de legalidad y de culpabilidad.

Esta criticable doctrina ha sido rechazada por la Decisión de 10 de Febrero de 2006, de la Pre Trial Chamber I de la Corte penal internacional (confirmación de cargos caso Lubanga). La más reciente decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga de 30 de septiembre de 2008 (Decision on the confirmation of charges ICC-01/04-01/07-717) reafirma la adopción de un concepto de autor objetivo-material sobre la base de la doctrina del dominio del hecho y desarrolla las categorías de autoría mediata y coautoría, lo que nos lleva a constatar la evolución que en materia de autoría y participación ha supuesto el Estatuto de Roma y la primera jurisprudencia de la CPI.

Sin embargo a soluciones similares a las alcanzadas con la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta llegan los tribunales nacionales españoles, en ocasiones sin adoptar expresamente

dicha solución, sino ampliando las figuras tradicionales, simplemente relativizando o eliminando determinados requisitos de la autoría —por ej. la actuación (o la actualización) en fase ejecutiva— o sencillamente prescindiendo de la prueba de los elementos tradicionalmente exigidos —la realización de actos ejecutivos o en su defecto el dominio del hecho, la esencialidad de la contribución para afirmar el anterior, etc.—.

En los próximos años, resulta más que probable, que se agudicen los esfuerzos en la búsqueda de soluciones más satisfactorias para el castigo de los responsables de crímenes de especial gravedad perpetrados en el seno de organizaciones criminales, dada la internacionalización también de los problemas, fundamentalmente a partir del 11 de septiembre de 2001. Para ello, habrá que depurar las distintas figuras de autoría y participación, para su aplicación a estos supuestos tanto por tribunales españoles como por tribunales internacionales, respetando los principios básicos y fundamentales del Derecho penal moderno en esta materia, en particular los principios de responsabilidad por el hecho propio, proporcionalidad, culpabilidad y legalidad. La tarea no se presenta fácil.

6. La inaplicabilidad del principio *non bis in idem*. Problemas de interpretación

A continuación evaluaremos la inaplicabilidad del *non bis in idem* en el caso concreto, relacionando los motivos de la sentencia de la Audiencia Nacional que absuelve a *Rabei Osman* con los motivos de la sentencia italiana que le condena. La intención es principalmente de demostrar que no existía una *identidad objetiva* entre los hechos y que la *excepción de cosa juzgada por sentencia firme* era inaplicable.

Contestando a lo largo de este apartado a algunas preguntas, expondremos, además, el pronunciamiento del Tribunal Supremo que aunque confirmó la absolución de *Rabei Osman* por el delito de pertenencia a banda armada, a causa de una descripción fáctica escasa y una dudosa valoración de la prueba, consideró, sin embargo, incorrectamente aplicado el principio *non bis in idem*.

6.1. ¿Pertenece *Rabei Osman* a una organización terrorista yihadista?

Por lo que se refiere a la pertenencia de *Rabei Osman* a una organización terrorista la sentencia de la Audiencia Nacional admite *su pertenencia a células islamistas de tipo yihadista* —como el tribunal italiano indica—, pero no logra establecer vinculación alguna del mismo con los atentados del 11-M porque las conversaciones intervenidas por la DIGOS, anteriormente citadas, no son admitidas como pruebas de cargo válidas.

El Tribunal Supremo, impugnando la sentencia de la Audiencia Nacional en este punto, al examinar los recursos de las acusaciones, explicita que la declaración de hechos probados de la Audiencia Nacional contiene una afirmación de tal generalidad que *no resulta bastante a efectos penales para establecer la pertenencia del acusado a una determinada organización o grupo terrorista*³⁰. Y añade que, para que proceda una condena por un delito de pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con afirmar en el hecho probado tal pertenencia mediante declaración fáctica de carácter general e indeterminado. De hecho, según el Tribunal Supremo, la sentencia de la Audiencia Nacional no sólo no contiene una verdadera descripción de hechos probados que permita afirmar finalmente la pertenencia o la dirigencia del acusado en una organización o grupo terrorista sino que, tampoco, identifica y valora expresamente las pruebas que, practicadas ante el Tribunal.

En conclusión, el Tribunal Supremo determina que la afirmación de que el acusado es un terrorista y que es miembro de una organización terrorista es legítima en cuanto que se basa en el contenido de la sentencia dictada en Italia. Sin embargo, los tribunales españoles no puede declarar probados unos hechos sólo porque así lo haya hecho un tribunal extranjero, sino que debe basarse para ello en las pruebas practicadas ante él.

6.2. ¿Existe identidad objetiva entre los hechos cumplidos en Italia y aquellos cumplidos en España por *Rabei Osman*?

La sentencia italiana utiliza el plural para referirse a *las organizaciones terroristas yihadistas* a las cuales *Rabei Osman* per-

³⁰ Recurso de *Rabei Osman El Sayed Ahmed*, págs. 785 y ss. de la STS de 17.07.08 (Rec. 10012/2008; S. 2^ª).

tenecía, refiriéndose a una pluralidad de ellas, diferenciando claramente que se trata de *organizaciones* que han actuado criminalmente en diversos países. La sentencia de la Audiencia Nacional, en cambio, interpreta que se trata de una *única organización* presente en diversos países, con lo cual, la pertenencia del reo a la organización en Italia y a la organización que ha atentado en Madrid se considera como un mismo hecho.

Sin embargo, según nuestro examen, la sentencia italiana no entra a condenar a *Rabei Osman* por su pertenencia a una organización única, que también habría atentado en Madrid. De hecho, el texto de la sentencia italiana especifica que le condena por *pertenecer a una organización terrorista enmarcada en un programa de yihad terrorista islamista* que él mismo estaba organizando en Italia, cuyos objetivos eran de reclutar a mártires que se iban a inmolar a Irak y planear nuevos atentados en Europa. Tal organización estaba dirigida por *Rabei Osman* en Italia, «tenía como referente a otras muchas organizaciones locales, incluida la de Madrid y estaba dentro de una organización terrorista supranacional de índole yihadista, localmente denominada en varios modos y con varias siglas pero que lleva al programa global de la organización Al Qaeda, con el fin de cometer actos de violencia dirigidos al terrorismo y de manera especial contra Estados extranjeros europeos y extra-europeos»³¹.

A diferencia de la sentencia de la Audiencia Nacional, la sentencia italiana admite que estamos ante un fenómeno pluriorganizacional amparado en lo que podría denominarse «*paraguas ideológico*» establecido por Al Qaeda, bajo el cual se agrupan diversas organizaciones o grupos con estructura propia y objetivos mediatos también propios, aun cuando todas ellas compartan el mismo objetivo final, el establecimiento de un único estado islámico o califato universal³².

La sentencia española, por tanto, muestra un escaso entendimiento del fenómeno enjuiciado al señalar que «es la perma-

nencia, más o menos prolongada en el tiempo, al servicio de una estructura jerarquizada criminal-terrorista, y la disponibilidad del sujeto en abstracto para la ejecución de los actos criminales que le encomiende la organización lo que determina la existencia del delito de integración» en la organización terrorista. Partiendo de esta concepción, es evidentemente que la sentencia considera la organización terrorista como *única* y que extiende sus vínculos allí donde sus miembros se encuentren sea en España o en Italia.

Sin embargo, esta construcción jurisprudencial no es más que el reflejo de la interpretación que se viene realizando por la jurisprudencia española de la norma contenida en el *artículo 516 CP*, disquisición lógica y razonable en su aplicación a las organizaciones conocidas y sufridas en España pero que ya no corresponde con los criterios que deberían de tenerse en cuenta en materia de lucha contra las organizaciones terroristas yihadistas.

La sentencia de la Audiencia Nacional, en consecuencia, no hace sino que aplicar al específico y nuevo fenómeno yihadista una concepción jurisprudencial antigua de la figura de la organización terrorista correspondiente más a ETA al establecer en sus razonamientos jurídicos que «la banda, organización o grupo, debe tener por finalidad la liquidación del orden constitucional democrático mediante la realización de acciones violentas».

Según nuestra opinión, la organización que ha atentado en Madrid, es una organización terrorista autónoma y absolutamente diferente de cualquier otra, incluso de aquella que estaba creando Rabei Osman El Sayed Ahmed en Italia, razón por la cual se considera que la apreciación de la concurrencia de la prohibición de condenar dos veces por el mismo delito no actúa en este caso ya que *no se trata del mismo delito sino de delitos distintos, autónomos y específicos*.

³¹ Sentencia italiana de la Corte d'Assise di Milano del 6 de noviembre de 2006, pág. 3. «*Si accusa Osman Rabei del reato previsto all'art. 270 bis del Codice Penale, perché si associavano tra di loro, e con altre persone, alcune non identificate ed altre già individuate nelle investigazioni realizzate in altri paesi europei (...) nell'organizzazione terroristica sopranazionale, localmente denominata in vari modi e con varie sigle, ma che seguiva il programma globale dell'organizzazione di Al Qaeda, con il fine di commettere atti di violenza terroristica e in particolare modo contro Stati stranieri europei e extra-europei.*»

³² Para examinar la jurisprudencia de los últimos años sobre el terrorismo internacional en perspectiva comparada véase Tondini M, Pierini J. P., *Tavole di legislazione e giurisprudenza comparada sul fenomeno del terrorismo internazionale*, Forum di Quaderni Costituzionali, luglio 2007, Riviste Il Mulino, Bologna, http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0049_tondini-pierini.pdf

Esta misma interpretación es la que ha sido adoptada por algunas acusaciones particulares que han impugnado la Sentencia de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo, al sostener que no se trata de los mismos hechos, pues la Audiencia Nacional ha entendido erróneamente que estamos ante una sola organización, cuando en realidad se trataba de varias.

El Tribunal Supremo resuelve claramente esta cuestión, afirmando que, puesto que en Al Qaeda existen distintos grupos u organizaciones terroristas, en realidad, *tampoco hubiera habido inconveniente para una sentencia condenatoria en el caso de que se hubiera declarado probados hechos que acreditaran debidamente que el acusado actuaba como dirigente o integrante de una célula terrorista constituida en España*, siempre que, tras la valoración de la prueba practicada ante el Tribunal español, resultara acreditado no sólo que se integraban dicha organización o célula terrorista, sino que ésta pudiera considerarse distinta e independiente de aquella otra constituida en Italia, que había dado lugar a la condena en ese país.

El Tribunal Supremo, a nuestro parecer, analiza muy detalladamente el funcionamiento de estas manifestaciones del terrorismo e indica, según una visión muy realista y documentada, que «es posible distinguir distintas organizaciones o grupos terroristas independientes unos de otros, aunque su base ideológica, o los impulsos encaminados a orientar en general el sentido de sus acciones, así como los objetivos finales de carácter global, sean los mismos o procedan del designio de una misma persona o de un mismo grupo de personas o tengan su origen en un mismo lugar».

Añade que, aunque Al Qaeda puede ser concebida como una única organización terrorista con presencia supranacional que actúa a través de células distintas en diferentes lugares, sin embargo, para ello sería necesario establecer que todas ellas funcionan unidas por vínculos jerárquicos de alguna clase.

Y utilizando la misma visión objetiva y conforme a la realidad finalmente alega: «En la medida en la que se conoce, no parece desacertado ni lejano a la realidad, concebir Al Qaeda como un núcleo caracterizado por sus finalidades terroristas, constituido por un grupo de personas, a su vez organizado en torno a una o varias de ellas, con una base de tipo religioso, fuerte, y

sus propios medios personales y materiales, que, además de desarrollar sus propias acciones, fomenta, apoya y sostiene ideológicamente, y en ocasiones incluso de forma material, la creación y el funcionamiento de numerosas células, más o menos amplias, más o menos organizadas, cada una con una o varias personas en situación preponderante o de dirección, que reciben su inspiración esencial del núcleo básico, pero que actúan de modo independiente, con objetivos inmediatos y zonas de influencia diferentes, incluso con variaciones de sus componentes ideológicos, formadas con individuos distintos, aunque participen de la misma ideología radical islamista o yihadista, aunque les guie el mismo objetivo final y aunque tengan contactos más o menos intensos e incluso intercambio de miembros en función de las zonas territoriales donde pretenden actuar y de sus objetivos más cercanos y particulares»³³.

No se trata necesariamente de grupos vinculados entre sí por relaciones de estricta jerarquía sino «de células terroristas organizadas de forma autónoma e independiente, que funcionan bajo su propia dirección y jerarquía internas, eligiendo sus propios objetivos terroristas, aunque se inspiren, con mayor o menor fidelidad, en los postulados emanados de la cúpula de Al Qaeda».

Así entendida, la pertenencia puede afirmarse tanto respecto de la organización central de Al Qaeda en sus distintas manifestaciones o funciones, como en relación a cada uno de los demás grupos o células, aunque se basen en similares o idénticos presupuestos ideológicos, siempre que se trate de organizaciones independientes entre sí.

En ese sentido, puede distinguirse sin dificultad entre la pertenencia a una o a varias de esas organizaciones, sin que encuentre obstáculos legales la condena en Italia por la dirigencia o pertenencia a una célula que actúa o se prepara para actuar en ese país, y la condena por una conducta similar pero relacionada con otra célula distinta, independiente de aquella, que actúa o se prepara para actuar, en otro país o en otro lugar diferente. *Lo que importa es establecer la diferente identidad entre uno y otro grupo u organización terrorista, lo cual será posible si no existe ninguna clase de vínculo organizativo o directivo entre ambos que demuestre que se trata de la misma organización.*

³³ STS n.º 503/2008, de 17 de julio (JUR 2008/307130), FJ 82º.

El Tribunal Supremo además indica que un detallado análisis de la prueba de las relaciones del citado con los miembros del llamado en la sentencia «grupo de Leganés», así como el examen de la sentencia dictada en Italia, hubiera permitido el establecimiento de la existencia de dos grupos u organizaciones independientes entre sí, sin una dependencia jerárquica demostrada respecto de la que podría considerarse la cúpula de Al Qaeda o de una respecto de la otra, pudiendo así condenar a Rabei Osman como miembro de la organización que atentó en Madrid.

6.3. ¿Se puede aplicar en el caso concreto la excepción de cosa juzgada por sentencia firme?

La sentencia italiana contra *Rabei Osman* fue dictada por una Corte de primera instancia y contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación tanto por la defensa del condenado como por el propio Ministerio Fiscal ante la Corte d'Assise d'Appello de Milán que, a su vez, dictó sentencia de segunda instancia contra *Rabei Osman* el 29 de noviembre de 2007, aplicando el mismo art. 270 bis pero rebajándole la pena de 10 a 8 años. Finalmente, contra esta última sentencia se interpuso recurso de casación con relación al cual la *Corte di Cassazione* italiana está todavía pendiente de pronunciarse³⁴.

Por tanto, podría decirse que no existiendo todavía la sentencia de la Corte de Casación, no se da el requisito jurisprudencial necesario para la aplicación del principio *non bis in idem*: la existencia de cosa juzgada por sentencia firme.

El razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión coincide con lo antedicho. Recordando el doble fundamento del *non bis in idem*, procesal, en cuanto impide un doble enjuiciamiento por los mismos hechos, y material, dado que rechaza una segunda condena por hechos coincidentes con los contemplados en otra sentencia anterior. En ambos casos, siempre que haya existido un enjuiciamiento finalizado con sentencia firme.

En el caso, la acusación formulada contra *Rabei Osman* era más amplia que la sostenida en Italia, pues de un lado compren-

día la participación en los atentados del 11 de marzo, y de otro, autorizaba cuestionar si la acusación de pertenencia a organización terrorista se refería a los mismos hechos, lo que permitía la continuación del proceso, hasta proceder a la identificación de los hechos probados. De otro lado, no consta, pues nada se dice en la sentencia de instancia y tampoco se ha acreditado documentalmente, que la sentencia condenatoria previamente dictada por los órganos jurisdiccionales italianos sea firme, por lo cual, *no es efectiva la prohibición del bis in idem al no incurrir un requisito esencial*.

Por lo tanto, desde este punto de vista, no hubiera existido inconveniente en dictar una segunda sentencia condenatoria sobre la base de los hechos que en este proceso se hubieran declarado probados, si efectivamente fueran suficientes para la subsunción en un tipo delictivo determinado.

Y ello sin perjuicio de lo que posteriormente procediera acordar de confirmarse la existencia de dos sentencias condenatorias, y de que ambas se referían a los mismos hechos, dictadas por los órganos jurisdiccionales correspondientes a dos países.

Sin embargo, aunque no es efectiva la prohibición del *non bis in idem* eso no implica que *Rabei Osman* sea culpable porque la sentencia impugnada ante al TS no contiene una descripción fáctica que permita una condena por el delito por el que se le ha acusado, ni realiza una valoración de la prueba que permita el establecimiento de los hechos.

«Dadas las circunstancias —añade el Tribunal Supremo— hubiera podido plantearse la procedencia de devolver la causa al Tribunal de instancia para la valoración de la prueba practicada sobre los hechos concretamente imputados al acusado Rabei Osman, pero no existe en ese sentido ninguna petición expresa de las acusaciones».

Como resulta claro en esta última sentencia ha existido en el caso concreto tanto una carente descripción fáctica que permitiera una condena por el delito de pertenencia por el que se ha acusado a Rabei Osman como una escasa valoración de la prueba que permitiera el establecimiento de los hechos que ha llevado a la absolución.

riormente, en contra de dicha sentencia, cabe el ejercicio del recurso de casación ante la Corte di Cassazione según se señalan los artículos 606 a 628 de la misma norma.

³⁴ De acuerdo con las normas establecidas en el «*Codice di Procedura Penale*» italiano este prevé la existencia de una segunda instancia, la de apelación, regulada en los artículos 593 a 605 de dicho código y poste-

Conclusiones

El análisis de la absolución de *Rabei Osman* con relación a los atentados del 11-M, han revelado numerosos problemas en la determinación de la participación concreta de distintos individuos en los delitos cometidos dentro del marco de las «organizaciones de poder» terroristas yihadistas. En nuestra opinión, como hemos mencionado a lo largo de todo el artículo, esas dificultades nacen tanto por algunos rasgos típicos de la estructura de la organización terrorista como del marco jurídico español y europeo que señalaremos a continuación:

- dificultad de llevar a cabo una reconstrucción fáctica suficiente y una recuperación de pruebas de cargo que sean válidas para condenar a los imputados debido sobre todo a la compleja estructura en forma de redes de las organizaciones terroristas yihadistas;
- falta de normas adecuadas en el Código Penal español que determinen la regulación de la participación y responsabilidad criminal del mal llamado «autor intelectual»;
- carencias en la efectividad de la cooperación judicial europea y falta de homogeneización/armonización a nivel europeo de la legislación antiterrorista (y en particular de la legislación sobre las intervenciones en las comunicaciones en materia de terrorismo);
- insuficiente comprensión del funcionamiento de las organizaciones terroristas yihadistas por parte del poder judicial (nos referimos a la sentencia de primera instancia sobre el juicio del 11-M).

Sin embargo, aunque este caso haya dejado abiertas las posibles soluciones, no se puede olvidar que el juicio del 11-M tuvo relevancia internacional, y, sin duda, por muchos aspectos resultó ejemplar, siendo, muy probablemente, el primer «maxi-proceso» contra terroristas yihadistas que provocaron un atentado de terribles dimensiones en suelo europeo. Con ello, a pesar de las tergiversaciones informativas y de la presión política del momento, la justicia española logró transmitir a los Estados de todo el mundo el mensaje de que *se debe hacer todo lo posible para evitar la impunidad* de todo delito según las reglas democráticas del Estado de Derecho, aún más si se trata de una grave violación de los derechos humanos como el delito de terrorismo.

A pesar de todo, como este artículo viene demostrando desde sus primeras páginas, en la realidad española existen todavía algunos obstáculos para facilitar la *punibilidad* de los respon-

sables, como en el caso examinado, y que, consecuentemente, no evitan completamente la *impunidad de delitos de terrorismo*.

Por eso, nuestro escrito está dirigido, en primer lugar, al «legislador» para que pueda colmar las lagunas mencionadas en la regulación de la autoría y participación en los delitos de terrorismo; a los «jueces» para que sigan ampliando sus conocimientos de las organizaciones terroristas y aplicando la ley del Estado de Derecho, evaluando por cada caso la aplicación de la teoría sobre la autoría más adecuada; a «las fuerzas policiales» y a los «servicios de inteligencia» para que sigan creando mejores instrumentos democráticos de análisis de la actividad terrorista, al fin de adelantarla y prevenirla.

Bibliografía esencial

- AA.VV. (2006): *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Instituto español de estudios estratégicos, ministerio de defensa, Cuadernos de estrategia, n. 133.
- Aldunate, Esquivel E. E., *El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. En www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/aldunate.htm
- Alvanou, M. (2006): *European responses to islamic terrorism threat: the italian case study*, Research paper n. 101, October 2006, Research Institute for European and American Studies (RIEAS), www.rieas.gr
- Ambos, K., *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*, en Revista de Ciencias Penales, www.cienciaspenales.org
- Bauccio, L., *Il reato di terrorismo internazionale come introdotto dal decreto-legge 18 ottobre 2001: alla ricerca di una nozione possibile*, Diritto&Diritti, el portale giuridico italiano, www.diritto.it
- Beria Di Argentine, A. (1991): «Una riflessione sui fenomeni della criminalità organizzata e del terrorismo», en A.A.V.V., (Studi in onore di Giuliano Vassalli), *Evoluzione e Riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990*, volume II, Giuffrè editore, Milano.
- Bolea Bardón, C. (2000): *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Choclán Montalvo, J. A. (2001): «Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación» en Carlos Granados (dir.) *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial, II-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Págs. 260-267.
- De la Corte Ibañez, L. (2007): *Algunas reflexiones sobre la sentencia del 11-M*, Athena Intelligence, vol. 2, n. 4, Artículo 5/11 del 6 de noviembre de 2007, www.athenaintelligence.org
- Dopico Gómez-Aller, J. (2006): «La tesis híbrida de Brammsen», en *Omisión e injerencia en derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

- Faraldo Cabana, P. (2003a): «Las alternativas a la autoría mediata con aparatos organizados de poder. La tesis de la coautoría» en *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, www.tirantonline.com
- , (2003b): «La tesis de la autoría accesoria» en *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, www.tirantonline.com
- García del Blanco, M.V. (2006): *La coautoría en el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Gimbernat Ordeig, E. (2006): *Autor y cómplice en derecho penal*. B de F. Gordon, T., *Mossad (2005): la historia secreta*. Buenos Aires: Ediciones B. Págs. 111-118.
- Jakobs, G. (1999): «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994-5 StR 98/94» en *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, Vol.2 no.1, primer semestre, Pág. 269.
- Jordán, J. (2007a): *¿Por qué no se conoce la autoría intelectual del 11-M?*, Athena Assessment, n. 6/07 del 2 de Noviembre de 2007, Athena Intelligence, Red de Investigación Avanzada en Insurgencia y Terrorismo, www.athenaintelligence.org
- , (2007b): *Las redes yihadistas en España, evolución desde el 11-M*, Athena Intelligence Occasional Paper, n. 17, 4 de octubre de 2007.
- Jordán, J., Mañas, F. M., Trujillo, H., *Perfil sociocomportamental y estructura organizativa de la militancia yihadista en España. Análisis de las redes de Abu Dahdah y del 11-M*. En www.athenaintelligence.org
- Muñoz Conde, F. (1999): «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada» en AA.VV, *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva.
- Reinares, F. (2005): *Conceptualizando el terrorismo internacional*, ARI n. 82/2005 del 1/7/2005, www.realinstitutoelcano.org
- Roxin, C. (1994): *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid. Págs. 163-164.
- Sageman, M. (2004): *Understanding terror networks*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- Schmidhäuser, G. (1970): *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen.
- Stratenwerth, G. (1971): *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*. Berlin
- Zúñiga Rodríguez, L. (2002): *Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal*, en «El derecho penal ante la globalización». Zúñiga L., Méndez C., Díaz D. (coords.), Colex, Madrid, Pág. 63.

Derechos de autor (Copyright)

Los derechos de autor de esta publicación pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número del Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos (en adelante Anuario) es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley. Así mismo, los trabajos editados en el Anuario pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en el Anuario, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). La revista se vende impresa Bajo Demanda.