

Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático

Mariona Llobet Anglí

TESI DOCTORAL UPF/2008

DIRECTORS DE LA TESI

Dr. Jesús-María Silva Sánchez (Departament de Dret)

Dr. David Felip i Saborit (Departament de Dret)



RESUMEN

Como es sabido, España es uno de los países que más de cerca ha vivido la barbarie del terrorismo de la mano de la banda armada ETA, que, en los más de 40 años de acciones indiscriminadas, ha matado a centenares de personas. Además, desde los atentados al *World Trade Center* y al Pentágono, el 11 de septiembre de 2001, se está librando, a nivel planetario, lo que los EEUU ha denominado “*war on terrorism*”, dirigida contra *Al Qaeda* y su red global de organizaciones. Así, sucede que no sólo la legislación penal española en materia antiterrorista tiene un carácter excepcional, sino que, en algunos ordenamientos, se contempla la invasión de países por parte del ejército, existen tribunales y comisiones militares para juzgar a civiles y es posible retener indefinidamente sin imputación formal a los sospechosos en prisiones o en campos de detención militar, e, incluso, torturarles. No obstante, en el marco de un Estado democrático de Derecho, la delincuencia terrorista, como cualquier otra forma de criminalidad, ha de prevenirse respetando ciertos principios y garantías. Determinar los límites de la punición del terrorismo en tales sistemas de gobierno constitucionales, pues, es la finalidad pretendida con la presente tesis de investigación.

RESUM

Com és sabut, Espanya és un dels països que més de prop ha viscut la barbàrie del terrorisme de la mà de la banda armada ETA, que, en els més de 40 anys d'accions indiscriminades, ha matat a centenars de persones. A més, des dels atemptats al *World Trade Center* i al Pentàgon, l'11 de setembre de 2001, s'està produint, a nivell planetari, el que els EEUU ha denominat “*war on terrorism*”, dirigida contra *Al Qaeda* i la seva xarxa global d'organitzacions. Així, succeeix que no només la legislació penal espanyola en matèria antiterrorista té un caràcter excepcional, sinó que, en alguns ordenaments, es contempla la invasió de països per part de l'exèrcit, existeixen tribunals i comissions militars per jutjar a civils i és possible retenir indefinidament sense imputació formal als sospitosos en presons o en camps de detenció militar, i, fins i tot, torturar-los. No obstant, en el marc d'un Estat democràtic de Dret, la delinqüència terrorista, com qualsevol altra forma de criminalitat, ha de prevenir-se respectant determinats principis i garanties. Establir els límits de la punició del terrorisme en els esmentats sistemes de govern constitucionals, doncs, és la finalitat pretesa amb la present tesi d'investigació.

PRÓLOGO

El recorrido de mi trabajo de tesis doctoral comenzó en julio de 2004. Al terminar el curso 2003-04, los miembros del Área de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra decidimos crear unos apuntes sobre la parte especial, a fin de que los alumnos de la Licenciatura en Derecho dispusieran de información actualizada y práctica para preparar la asignatura. En el marco de tal proyecto, mi tarea consistió en escribir sobre los delitos de terrorismo. Como es sabido, aquel proyecto inicial se publicó en el año 2006 en un libro dirigido por el Dr. Jesús-María Silva Sánchez y coordinado por el Dr. Ramon Ragués i Vallès, titulado *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*.

Con posterioridad, dada la –desgraciada– actualidad del tema dentro de nuestras fronteras, la profusión y confusión del concepto de terrorismo y la gran cantidad de sentencias dictadas en España, algunas contradictorias, que existen en este ámbito, decidí seguir investigando sobre tal materia. Por ello, la elaboración de mi trabajo de tesis, presentado en junio de 2005 al final de los cursos de doctorado, analiza la legislación española antiterrorista y las principales resoluciones dictadas por nuestros tribunales.

No obstante, a raíz de los atentados del 11-S, el terrorismo también ha adquirido unas dimensiones internacionales de gran calado. Por un lado, dicho fenómeno se ha mezclado con la guerra. Por el otro, países supuestamente democráticos, en especial los EEUU, han recortado los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, en orden a una lucha más eficaz contra esta forma de criminalidad. Así, para analizar la normativa antiterrorista de dicho país y el estado de la cuestión de su doctrina y su jurisprudencia, realicé una estancia de investigación en el *Center on Law and Security* de la *New York University*, durante el segundo semestre del año 2007. Además, en julio de 2008, tuve la oportunidad de estudiar algunos aspectos destacados de la legislación italiana en relación con el fenómeno mafioso, en otra estancia de investigación realizada en la *Università degli Studi di Milano*.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	17
ALGUNOS PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS.....	19
INTRODUCCIÓN	21
PRIMERA PARTE. TERRORISMO: CONCEPTO Y RASGOS CARACTERÍSTICOS.....	29
I. INTRODUCCIÓN.....	29
II. EL CONCEPTO DE TERRORISMO	36
1. <i>El contenido de injusto de los delitos de terrorismo en el seno de los sistemas democráticos. Diferencia entre estas figuras, los delitos comunes y otras tipologías de delincuencia organizada y violenta.....</i>	<i>37</i>
2. <i>Rasgos distintivos del terrorismo y límites con otras modalidades delictivas</i>	<i>42</i>
A) Estado de la cuestión en la doctrina penalista	42
B) El método: la violencia reiterada e indiscriminada contra las personas susceptible de crear terror en el público.....	47
a) La reiteración e indiscriminación delictiva como mecanismo de instrumentalización de las personas.....	48
1º La continuidad delictiva.....	52
2º La indiscriminación delictiva	54
b) La ejecución de delitos contra la vida, la libertad y la integridad de las personas.....	57
c) Sobre los medios utilizados: concepto extensivo de arma	63
d) Rasgos estructurales del terrorismo: ¿es posible hablar de terrorismo individual?	65
C) La persecución de fines políticos: el atentado al sistema democrático más allá del ataque a la paz pública, el orden social o los derechos fundamentales.....	68
a) La finalidad terrorista en un Estado no democrático.....	71
b) La finalidad terrorista en un Estado democrático de Derecho.....	75
3. <i>Diferencias entre el terrorismo y los delitos de lesa humanidad.....</i>	<i>78</i>
III. EL TERRORISMO DE ESTADO	86
1. <i>Delitos de genocidio y lesa humanidad.....</i>	<i>88</i>
2. <i>El atentado al Estado democrático de Derecho</i>	<i>89</i>
3. <i>El verdadero terrorismo de Estado.....</i>	<i>93</i>

4. Estado de la cuestión en los tribunales.....	94
A) Delitos de genocidio y de lesa humanidad constitutivos también de terrorismo	94
B) Los GAL	95
5. El atentado contra organizaciones internacionales.....	98
IV. EL TERRORISMO Y LA GUERRA	99
1. Delimitación de la delincuencia terrorista en tiempos de paz y en tiempos de guerra.....	102
2. El terrorismo como ataque simbólico a la democracia: consecuencia, el terrorismo como fenómeno delictivo	115
3. Supuestos en los que un atentado terrorista es a la vez crimen y ataque armado exterior	127
V. ¿QUÉ ACTOS DE LOS PRACTICADOS POR MIEMBROS DE BANDAS ARMADAS TERRORISTAS TIENEN ESTA NATURALEZA?.....	129
VI. CONCEPTO DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	133
1. La tipificación autónoma del terrorismo.....	133
2. Las finalidades de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública	141
A) Su equiparación en la ley.....	142
B) Interpretación jurisprudencial del término paz pública....	145
C) Interpretación jurisprudencial del término orden constitucional.....	145
3. El elemento estructural	146
A) El terrorismo individual.....	146
B) ¿Son las bandas armadas, las organizaciones y los grupos terroristas realidades distintas? Especial mención a la organización del entorno de ETA JARAI-HAIKA-SEGI ...	153
VII. CONCLUSIONES.....	160
SEGUNDA PARTE. CARACTERÍSTICAS DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA: ENTRE EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO, EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	165
I. INTRODUCCIÓN.....	165
II. RASGOS DISTINTIVOS DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE TERRORISMO: DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	167
1. La relativización de derechos procesales	169
A) El art. 55.2 CE.....	169
B) La competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional.....	170

C) El mito de la incomunicación	171
2. <i>La extrema gravedad de las penas señaladas a los delitos relacionados con el terrorismo</i>	173
A) La agravación de los delitos comunes.....	173
B) El límite de 40 años	174
a) En relación con el principio de igualdad.....	174
b) En relación con el principio de <i>non bis in idem</i>	175
C) La inhabilitación absoluta	175
D) La reincidencia internacional	176
3. <i>La relajación de determinados criterios de imputación</i>	176
A) El adelantamiento de las barreras de punición.....	177
a) La pertenencia y la colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista.....	177
b) Los actos preparatorios punibles como <i>numerus apertus</i>	178
B) La equiparación entre formas de autoría y formas de participación.....	178
a) En la ejecución de los delitos terroristas.....	178
b) En el delito de colaboración con banda armada	179
4. <i>La flexibilización de principios limitadores del Ius puniendi en la configuración de los tipos penales</i>	180
A) El principio de legalidad en su vertiente de <i>lex certa</i>	181
a) El concepto de terrorismo	181
b) La cláusula “ <i>cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación</i> ”	182
B) El principio de proporcionalidad.....	184
a) ¿Es lo mismo pertenecer que colaborar?	184
b) La misma pena para conductas de colaboración cuyo contenido de injusto es distinto.....	185
c) Problemas de <i>bis in idem</i>	186
1º. La cláusula “ <i>sin perjuicio</i> ” del art. 575 CP	186
2º. La agravación prevista en el art. 573 CP	187
d) Tipos diferentes que se tratan igual y tipos menos graves que se castigan más.....	188
C) El principio de culpabilidad en su vertiente de responsabilidad por el hecho: el acto terrorista vs. el sujeto terrorista.....	190
5. <i>Flexibilización de principios limitadores del Ius puniendi en la ejecución de las penas privativas de libertad</i>	191
A) Sobre el principio de resocialización.....	193
B) Sobre el principio de humanidad.....	196
C) Sobre los principio de cosa juzgada y <i>non bis in idem</i>	197

6. <i>La legislación penal de menores: el abandono de la idea educativa y resocializadora y del principio de proporcionalidad</i>	198
III. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO VS. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	202
1. <i>La agravación de la pena en los delitos de terrorismo</i>	203
A) Derecho Penal del ciudadano	203
a) La agravación de los delitos-fin y de los delitos-medio	203
b) La reincidencia internacional.....	206
B) Derecho Penal del enemigo.....	208
a) Proporcionalidad externa	209
b) Proporcionalidad interna	209
2. <i>El adelantamiento de las barreras de punición: la pertenencia y la colaboración con las actividades de una banda armada terrorista</i>	211
A) Derecho Penal del ciudadano	211
B) Derecho Penal del enemigo.....	213
IV. SOBRE MEDIDAS INNECESARIAS Y DERECHO PENAL SIMBÓLICO	214
1. <i>Catálogo de medidas innecesarias</i>	214
A) La agravación prevista en el art. 573 CP.....	216
B) La cláusula “ <i>sin perjuicio</i> ” del art. 575 CP.....	217
C) La cláusula de cierre del art. 574 CP	219
D) La pérdida del tiempo pasado en libertad condicional	220
E) Los actos preparatorios punibles como <i>numerus apertus</i>	220
F) El acceso a beneficios penitenciarios	221
G) El límite penológico de 40 años	222
2. <i>El Derecho Penal simbólico como parte de la nueva orientación del Derecho Penal del enemigo</i>	225
V. ¿NECESIDAD Y EFICACIA COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD?	231
1. <i>La pena como inocuización de sujetos peligrosos</i>	234
2. <i>La detención indefinida o de larga duración sin imputación formal</i>	236
3. <i>Excursus: la cuestión de la tortura</i>	241
A) Pasado.....	243
B) Presente: el debate en los EEUU. La cultura de esta práctica más allá del escenario de <i>ticking bomb</i>	246
a) De los supuestos de <i>ticking bomb</i> a la creación de una cultura de la tortura	248
b) El uso de técnicas degradantes como método de castigo	258
C) Futuro –y propuesta de solución-: ¿son de aplicación las causas de exención de la responsabilidad elaboradas por la teoría jurídica del delito en algunos supuestos de tortura?....	260

4. <i>La existencia de límites infranqueables en el Ius puniendi de un Estado democrático de Derecho</i>	274
VI. EXCEPCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA POR PARTE DE LOS TRIBUNALES.....	277
1. <i>Excepciones de carácter material</i>	278
A) La cuestión del concurso ideal homogéneo.....	278
B) El delito terrorista de estragos.....	280
2. <i>Excepciones de carácter procesal</i>	282
3. <i>Vulneraciones del principio non bis in idem</i>	283
A) Un mismo hecho sirve para castigar por pertenencia a organización terrorista y para aplicar los arts. 571 y 572.....	283
B) Un mismo hecho sirve para castigar por pertenencia a organización terrorista y para aplicar el art. 574 CP.....	284
C) La agravación por terrorismo en los estragos y en los delitos contra la vida.....	286
VII. CONCLUSIONES.....	288
TERCERA PARTE. LOS LÍMITES DE LA PUNICIÓN DEL TERRORISMO. COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA Y APOLOGÍA	291
I. INTRODUCCIÓN.....	291
II. COLABORACIÓN CON LAS ACTIVIDADES DE UNA BANDA ARMADA: LÍMITES.....	294
1. <i>Legitimidad</i>	297
A) Modelos de atribución de responsabilidad.....	297
B) El “modelo de responsabilidad por el hecho propio” como fundamento del delito de colaboración con banda armada ..	299
2. <i>Límite superior: la diferencia entre pertenecer y colaborar</i>	305
A) La asunción de un rol estable.....	309
B) Elementos a través de los que constatar la existencia de un rol estable.....	315
C) Los promotores y directores de una banda armada terrorista: clases de miembros cualitativamente distintos.....	318
D) Excurso: la actuación al servicio de una banda armada, organización o grupo terrorista como subtipo de la colaboración.....	320
3. <i>Límites anteriores: preparación y tentativa</i>	322
A) ¿Cuándo se consuman los actos de colaboración?.....	323
a) La conducta consistente en llevar a cabo.....	325
b) La conducta consistente en facilitar un acto de colaboración	329

c) La conducta consistente en recabar un acto de colaboración	329
d) El caso de la Mesa Nacional de HB	330
B) Tentativa y actos preparatorios	331
a) Sobre la tentativa en los delitos de mera actividad y en los delitos de resultado (de peligro).....	331
b) El comienzo de la tentativa en los actos de colaboración	333
c) Actos preparatorios punibles	336
4. <i>Límite inferior: supuestos de atipicidad</i>	336
A) La disposición a cometer delitos.....	337
a) Supuestos de integración o colaboración atípicos	337
b) La frontera entre supuestos atípicos y supuestos de autoría y participación en un delito concreto	343
c) La declaración de voluntad de integrarse en una banda armada a través de actos concluyentes: la preparación para convertirse en terrorista	344
B) La pertenencia y colaboración ideológicas: supuestos de atipicidad.....	347
a) La pertenencia ideológica. Especial consideración a las estructuras del entorno de ETA, KAS-EKIN-EGIN y Gestoras Pro-Amnistía.....	347
b) Las diferencias entre las actividades y las finalidades de las bandas armadas u organizaciones terroristas en el delito de colaboración con banda armada: el respaldo político, moral o ideológico	356
c) Las diferencias entre el respaldo político, moral o ideológico a las finalidades de las bandas armadas u organizaciones terroristas y la colaboración psíquica o anímica con sus actividades.....	361
5. <i>Límites posteriores: la materialización del riesgo en un delito concreto. Aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación</i>	364
6. <i>Justificación e inexigibilidad de otra conducta</i>	366
A) Los familiares o amigos colaboradores.....	367
a) Los familiares-colaboradores	367
b) Los amigos-colaboradores	370
c) Los familiares y amigos en los supuestos de secuestro.....	372
d) El tercero mediador en un secuestro con un móvil económico o ideológico: ¿merece un tratamiento distinto?	373
1º El elemento subjetivo de justificación.....	373

2º. La provocación en el estado de necesidad.....	377
B) Los supuestos de amenaza o extorsión.....	378
III. COLABORACIÓN CON LAS FINALIDADES DE UNA BANDA ARMADA TERRORISTA CONSISTENTE EN REFORZAR EL CLIMA DE INTIMIDACIÓN.....	379
IV. COLABORACIÓN MEDIANTE EL ENALTECIMIENTO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DELITOS TERRORISTAS O DE SUS AUTORES: LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO.....	386
1. <i>El bien jurídico protegido</i>	391
A) En la tradicional figura de la apología.....	391
B) En el actual art. 578 CP: posibilidades.....	392
a) El enemigo moral: Derecho Penal de autor.....	393
b) El honor de las víctimas del terrorismo o de sus familiares.....	397
c) Delito de clima como injusto autónomo contra la seguridad colectiva o la paz pública.....	400
d) Delito de clima como injusto preparatorio: la incitación indirecta a la comisión de delitos.....	401
e) Críticas a los delitos de clima.....	402
f) Excurso: la inocuización de sujetos peligrosos.....	406
g) La cooperación psíquica con las actividades de una banda armada terrorista.....	406
2. <i>Toma de postura</i>	408
A) La ilegitimidad de la tipificación de la apología.....	408
B) Algunas formas de enaltecimiento del terrorismo o sus autores como modalidad típica constitutiva de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo o sus familiares.....	410
C) Postura de lege lata: acoger la interpretación más restrictiva posible.....	411
V. CONCLUSIONES.....	415
CONCLUSIONES.....	419
BIBLIOGRAFÍA.....	439

ABREVIATURAS

AAN	Auto de la Audiencia Nacional
AAVV	Autores varios
AGCI	Auto del Juzgado Central de Instrucción
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AUMF	<i>Authorization for Use of Military Force</i>
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cir.	Circuito
CP	Código Penal
CP'73	Código Penal de 1973
ER	Estatuto de Roma
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPE	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORRPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SSAN	Sentencias de la Audiencia Nacional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

ALGUNOS PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

Ciertamente, el terrorismo es un fenómeno delictivo que ha golpeado y golpea a muchos rincones de la Tierra. Así, existen multitud de ejemplos de organizaciones locales que, mediante la muerte y la destrucción, someten a sociedades concretas al yugo de la violencia y la coacción en distintas partes del mundo. De hecho, España es uno de los países que más de cerca ha vivido la barbarie de esta forma de criminalidad de la mano de la banda armada ETA. Además, desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, a ese terrorismo de carácter sectorial se le ha añadido un nuevo terrorismo que se denomina global: “una violencia sin límites practicada por fundamentalistas islámicos que amenaza el mantenimiento de la seguridad mundial”¹, contra la que los EEUU se han erigido como los líderes encargados de erradicarla y vencerla.

Por ello, el presente trabajo de investigación se centra, principalmente, en la bibliografía estadounidense y española que existe sobre esta materia, así como en los ordenamientos jurídicos de los citados países y sus resoluciones judiciales más relevantes al respecto. Teniendo en cuenta la problemática que, a nivel planetario, suscitan *Al Qaeda* y su red global de organizaciones, y, que, en nuestro país, presentan ETA y sus grupos satélites, son el inglés y el castellano las principales lenguas que han servido para documentar y escribir la presente tesis doctoral. No obstante, como se verá, aparecen citados no pocos trabajos de autores alemanes, en su mayoría traducidos al español, así como las principales aportaciones de la doctrina italiana por lo que respecta a los límites entre el fenómeno mafioso y el terrorismo.

¹ Cfr. REINARES, *Terrorismo global*, p. 10.

INTRODUCCIÓN

Desde siempre, la lucha contra el terrorismo ha representado el sector de los ordenamientos jurídicos de las sociedades democráticas donde más intensamente han entrado en conflicto dos principios esenciales tanto de las personas, como de los propios Estados: la libertad y la seguridad². En la regulación de este fenómeno colisionan las garantías de los derechos y libertades individuales y las exigencias de la seguridad colectiva³ con especial vehemencia⁴, puesto que se percibe el terrorismo como algo que atenta contra los fundamentos y valores básicos de los sistemas constitucionales liberales. Así, los gobiernos presentan su erradicación como algo necesario para preservar el propio Estado democrático de Derecho⁵ y vinculan la efectividad de dicha meta con la adopción de determinadas medidas excepcionales⁶.

Ahora bien, a partir de los atentados del 11-S⁷ se ha producido una fisura entre la tradicional lucha contra el terrorismo en la vieja Europa⁸ y la

² En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización”, p. 95.

³ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 80; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 17 y 58-59.

⁴ En palabras de CANCIO MELIÁ, “Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo”, p. 163, la cuestión que se plantea es “la de si nuestra sociedad está dispuesta a *sucumbir* ante los riesgos emanados del terrorismo, o estará, en cambio, preparada para asumir *recortes en las libertades*”.

⁵ TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 22.

⁶ Así, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, ponía de relieve que “la excepcional entidad del ataque terrorista obliga a adoptar medidas excepcionales para salvaguardar el sistema democrático”. También el Tribunal Constitucional justifica la existencia de una legislación penal excepcional y de emergencia ante una criminalidad de especial gravedad en relación a la vida e integridad física de las personas y de suma trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional (Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer). De este modo, como indica CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 1, existe una preocupación sobre que el “‘exceso de garantías’ induzca pasividad de los órganos de persecución penal y de la jurisdicción penal”.

⁷ Como indican COLE/DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution*, p. 185, aquéllos que proponen expandir los poderes de los gobiernos para luchar contra el terrorismo argumentan que la amenaza actual es cualitativamente distinta desde los atentados al *World Trade Center*. Véanse, también, DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 47; y MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho Penal autoritario”, p. 167.

⁸ Aunque, como explica MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho Penal autoritario”, p. 166, muchos países europeos han violado gravemente los derechos humanos en las últimas

nueva guerra contra dicho fenómeno liderada por los EEUU⁹. De este modo, si bien es cierto que aquella lucha contiene notas de excepcionalidad, como mínimo se investiga por la policía, se regula en la legislación penal y se juzga por el poder judicial¹⁰ que, en su caso, dicta sentencia condenatoria después de un juicio con no todas pero sí muchas garantías. Por el contrario, en la guerra contra el terrorismo¹¹ se contempla la invasión de países por parte del ejército, existen tribunales y comisiones militares para juzgar a civiles y es posible retener indefinidamente sin imputación formal a los sospechosos en prisiones o

décadas con la finalidad de luchar contra el fenómeno terrorista. En Francia, “la represión del movimiento independentista argelino en los años 50 se hizo de forma ilegal, con torturas y graves violaciones de derechos fundamentales. Excesos similares se cometieron por los ingleses en los años 70 y 80 para reprimir el terrorismo independentista del IRA irlandés. Tampoco Alemania quedó exenta de sospecha cuando en los años 70 se ‘suicidaron’ en la cárcel de máxima seguridad algunos dirigentes del Ejército Rojo de Liberación (...). En Italia la lucha contra el grupo terrorista de extrema izquierda Brigadas Rojas en los años 70 motivó una legislación excepcional de emergencia”. Sin olvidar que, en España, se libró una “guerra sucia” en los años 80 contra el terrorismo de ETA a través de los GAL. Además, puede observarse como los países europeos han modificado la legislación antiterrorista después del 11-S (sobre esta cuestión, cfr. ALBRECHT, “Respuestas legislativas al 11 de septiembre”, pp. 1.147 ss.; PORTERO HENARES, “Regulación penal sobre terrorismo en los países miembros de la Unión Europea”, pp. 261 ss.; y PORTILLA CONTRERAS, “Globalización del antiterrorismo”, pp. 36 ss.; EL MISMO, “La legislación de lucha contra las no-personas”, pp. 77ss.).

⁹ Así, SCHEPPELE, “Law in a Time of Emergency”, pp. 3 y 62 ss., pone de relieve la distinta reacción habida por los EEUU y Europa después del 11-S (a su juicio, la razón se encuentra en que, a diferencia de la Administración Bush, los países europeos no consideran que la justificación de Carl Schmitt sobre el estado de excepción sea un marco aceptable de respuesta legal después de la catástrofe de Weimar. En el mismo sentido se pronuncia MIR PUIG, en el prólogo a la obra de GÓMEZ MARTÍN, *El Derecho Penal de autor*, p. 20). Véanse, también, PRITTWITZ, “Derecho penal del enemigo”, p. 107; y VIGANÒ, “Terrorismo, guerra e sistema penale”, pp. 655 ss.

¹⁰ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho Penal autoritario”, p. 166.

¹¹ Como es sabido, el Gobierno estadounidense aprobó la *USA Patriot Act*, después de los atentados del 11-S, lo cual se hizo “de la noche a la mañana” y mediante un procedimiento poco ortodoxo (cfr. COLE/DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution*, p. 151). Sobre ella, se han elaborado muchos trabajos que analizan su contenido y critican las medidas adoptadas por la Administración Bush, puesto que sacrifican las libertades en orden a una mayor seguridad. Los más significativos son los siguientes: COLE/DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution*, pp. 151 ss.; COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, pp. 23 ss.; KOH, “The Spirit of the Laws”, pp. 23 ss.; LOBEL, “The War on Terrorism and Civil Liberties”, pp. 767 ss.; MELL, “Big Brother at the Door: Balancing National Security with Privacy”, pp. 375 ss.; PARENTI, “Fear as Institution”, pp. 115 ss.; POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, pp. 292 ss.; SCHEPPELE, “Law in a Time of Emergency”, pp. 21 ss.; SCHULHOFER, “No Checks, No Balances”, pp. 89 ss.; EL MISMO, *The Enemy Within*, pp. 7 ss.; y VERVAELE, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos”, pp. 119 ss. En España, véase también, PORTILLA CONTRERAS, “Globalización del antiterrorismo”, pp. 40 ss.; EL MISMO, “La legislación de lucha contra las no-personas”, p. 79).

en campos de detención militar¹². Además, se quebrantan las normas del *Ius in Bello* elaboradas por el Derecho Internacional para distinguir entre crimen y guerra y se vulneran los convenios y tratados internacionales sobre la prohibición de la tortura, en orden a una investigación más eficaz¹³. En consecuencia, pues, puede afirmarse que el binomio libertad-seguridad está actualmente más del lado de la seguridad que nunca¹⁴. De este modo, en la política criminal puede observarse un cambio de paradigma¹⁵ cuyas notas características consisten en la prevención fáctica de delitos antes de que éstos se ejecuten, mediante la inocuización de sujetos considerados peligrosos¹⁶. Se advierte, en definitiva, una evolución

¹² La Administración Bush ha criticado a la Administración Clinton por tratar el terrorismo como un crimen y ha creado un sistema alternativo de centros de detención militar y tribunales militares, o comisiones, para juzgar a los sospechosos de terrorismo. En su opinión, el sistema de justicia criminal es el adecuado para juzgar determinados casos de terrorismo, pero en otros supuestos es inapropiado (cfr. *The New York Times* de 17 de agosto de 2007, www.nytimes.com). De este modo, existen casos como el del Sr. Padilla, uno de los primeros ciudadanos americanos designado como “combatiente enemigo”, y el del Sr. Al-Marri, originario de Qatar y también así catalogado, quienes estuvieron detenidos en la prisión militar de *South Carolina* durante cuatro años sin cargos (el primero desde mediados de 2002 hasta principios de 2006 y el segundo de junio de 2003 a junio de 2007; véase *infra* nota 356).

¹³ No comparto la idea de PRITTWITZ, “Derecho penal del enemigo”, p. 108, según la cual JAKOBS ha sentado las bases conceptuales, intelectuales y filosóficas de un Derecho Penal que, en realidad, no es ‘Derecho’, sino guerra contra los malos y peligrosos. En los memorandos de la Administración Bush que justifican la tortura y la supresión de las normas internacionales del Derecho de Guerra (véase *infra* 1^a.IV y 2^a.V.3.B) JAKOBS no aparece citado ni una sola vez.

¹⁴ En el mismo sentido, BERGALLI, “Libertad y seguridad”, p. 32; MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho Penal autoritario”, p. 170; y PRITTWITZ, “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, pp. 6 ss. Y, es que, como apunta GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 59, hemos pasado de la excusa de “la ‘libertad como pretexto’ para limitar la libertad” a la justificación de ‘la seguridad como pretexto’ para ahogar la libertad”. En este sentido, son muy ilustrativas las siguientes palabras de John Ashcroft, Fiscal General de los EEUU entre 2001 y 2005: “Este es mi mensaje para todos aquellos que aterrorizan a las gentes pacíficas con el fantasma de la libertades perdidas: vuestra táctica sólo ayuda a los terroristas, porque deteriora la unidad nacional y limita nuestra capacidad para tomar decisiones” (cfr. RORTY, “Fundamentalismo: enemigo a la vista”, p. 11).

¹⁵ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 2-3. Sobre el paradigma de la seguridad, véanse DÍEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, pp. 553 ss.; y PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización”, pp. 102 ss.

¹⁶ En este sentido, COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, p. 1, realizan un paralelismo entre el “paradigma de la prevención” característico de la política criminal actual (estadounidense) y la película *Minority Report*. Y, es que, ciertamente, en este film la policía actúa antes de que los crímenes se cometan, deteniendo y encerrando a los “delincuentes” de por vida. Por su parte, FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre el contenido y evolución del derecho penal español tras la LO 5/2000 y 7/2000”, p. 45, indica que las medidas de seguridad predelictivas no son otra cosa que medidas policiales.

hacia unas leyes que oscilan entre el Derecho Penal, el Derecho de policía¹⁷ y el Derecho militar¹⁸, pero en el ámbito y con las consecuencias adscritas al Derecho Penal¹⁹.

Sin embargo, este trabajo pretende cuestionar la existencia de tal confrontación, tanto en la lucha como en la guerra contra el terrorismo²⁰, desde una doble perspectiva. Así, en términos de necesidad hay que someter a análisis la premisa según la cual el respeto de los derechos y libertades tradicionales compromete verdaderamente nuestra seguridad democrática²¹. Por un lado –en un plano de necesidad fáctica–, es discutible el grado real que la amenaza terrorista supone para los sistemas de gobierno liberales. Dicho a modo de interrogante: ¿es comparable el riesgo que *Al Qaeda*, por ejemplo, conlleva para la subsistencia del mundo occidental con el peligro que representó el nazismo con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial? Por el otro lado –desde la necesidad instrumental–, debe determinarse si el recorte de las libertades civiles conlleva más seguridad nacional necesariamente²². Formulado de nuevo con una pregunta: ¿no respetar los derechos y garantías individuales es más eficaz a la hora de prevenir futuros atentados?

¹⁷ Como es sabido, la lógica del Derecho de policía no responde a comportamientos que materialmente afectan otros ámbitos de organización, sino de prevenir situaciones en las que ello puede llegar a suceder (cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 823). Se trata, pues, de mecanismos preventivo-fácticos de futuros riesgos situados en el ámbito de la prevención policial.

¹⁸ Así, ALBRECHT, “Respuestas legislativas al 11 de septiembre”, p. 1.159.

¹⁹ Especialmente en Europa. En este sentido, son ilustrativas las siguientes palabras del actual Ministro Federal del Interior alemán: “el Derecho penal es parte de una misión de seguridad del Estado de orientación preventiva. Tenemos que combatir el terrorismo, también con el Derecho penal, allí donde comience a ser peligroso, y no sólo una vez que se hayan producido atentados” (cfr. CANCIO MELIÁ, “Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo”, p. 39).

²⁰ En este sentido, DINH, “Freedom and Security after September 11”, p. 106, considera que la dicotomía entre ambos valores es falsa. Véase, también, CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, pp. 181-182; DEMETRIO CRESPO, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Darf nicht sein!”, pp. 127-128; y PRITTWITZ, “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, pp. 8 ss.

²¹ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 28. En cambio, GÓMEZ MARTÍN, “Libertad, Seguridad y ‘Sociedad del riesgo’”, pp. 61 ss., invierte el análisis en la confrontación de estos principios. El citado autor se pregunta si el incremento de la seguridad limita o, por el contrario, aumenta la libertad de los individuos. Así, las dos premisas que aparecen contrapuestas en su trabajo se sintetizan en las siguientes fórmulas: “a mayor seguridad, menor libertad” vs. “no hay libertad sin seguridad”. En cambio, en esta investigación pretende cuestionarse el principio “a mayor libertad, menor seguridad”

²² Cfr. COLE/DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution*, p. 177. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER, “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, p. 182.

No obstante, sea como fuere, en términos de legitimidad democrática se impone la obligación de limitar²³ la normativa antiterrorista excepcional²⁴. Desde un plano teórico, libertad y seguridad no pueden entenderse como valores rivales sino como complementarios²⁵, puesto que la mayor inseguridad para una sociedad “surge de la falta de límites al poder estatal”²⁶. Así, concebirlas de forma antagónica conlleva la paradoja de proteger nuestro modelo de gobierno a costa de destruirlo primero²⁷. De este modo, especialmente en tiempos recientes, la doctrina ha puesto de relieve que el mayor peligro para las democracias occidentales proviene de las estrategias antiterroristas²⁸, ya que éstas resultan incompatibles con

²³ Como indica HASSEMER, “Contra el abolicionismo”, p. 39, citando a NAUCKE, el Derecho Penal “no es el Derecho del combate a la delincuencia, sino el Derecho de los límites del combate a la delincuencia”. Véase, también, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 14.

²⁴ Así, GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 88, afirma que la democracia sólo puede defenderse con la democracia; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 87, considera que “en la legislación antiterrorista, la legislación ha de utilizarse como medio y como fin”.

²⁵ En el mismo sentido, DINH, “Freedom and Security after September 11”, p. 106.

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, “In-seguridad y lucha contra el terrorismo”, *passim*, p. 410, lo que “lleva necesariamente a un estado policial y a un estado del terror” (p. 403). También en este sentido, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 34, indica que la sola ideología de la seguridad posibilita el recurso no justificado al Derecho punitivo.

²⁷ En este sentido, la doctrina afirma que el terrorismo obtiene su mayor victoria cuando los Estados acogen regulaciones excepcionales para erradicarlo: cfr. BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, pp. 54-55, para quien si las sociedades occidentales escriben seguridad y milicia en mayúsculas y libertad y democracia en minúsculas otorgan “una victoria [a] los terroristas, ya que los países modernos se priva[n] espontáneamente de lo que les hace atractivos y superiores: la libertad y la democracia”; CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 46-47; y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 36, cuando afirma que el Estado constitucional “cae en la provocación terrorista” cuando cede sus “genuinas señas de identidad garantista”. En consecuencia, como apunta GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 94, hay que defender la democracia tanto frente a enemigos externos como internos.

²⁸ En este sentido, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, pp. 246-247, opina que el terrorismo de *Al Qaeda* no tiene capacidad de destruir los ordenamientos jurídicos de los países donde realiza sus terribles ataques, “salvo que se entienda que la reacción desmedida de los gobernantes, al responder a la provocación con la misma moneda –despreciando los límites del Derecho interno o internacional-, constituye (evidentemente) una grave erosión del ordenamiento jurídico atribuible a los terroristas”; COLE, “Enemy Aliens and American Freedoms”, indica que la mayor amenaza para las libertades no proviene de los terroristas sino de la respuesta de los gobiernos; IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 91, afirma que “en la guerra contra el terror, el único enemigo que puede derrotar a una democracia es ella misma”; PRITWITZ, “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, p. 2, opina que los terroristas ni destruyen ni ponen, siquiera, en peligro grave nuestra seguridad, nuestras sociedades liberales, nuestro Estado de Derecho. Sin embargo, sí existe un riesgo en la

sus instituciones y con las garantías individuales recogidas en las Constituciones²⁹. En consecuencia, un sistema democrático está obligado por principio a acatar determinados compromisos³⁰ y, en último término, sólo puede mantenerse³¹ respetando el equilibrio entre libertad y seguridad³².

Sentado lo anterior, pues, para determinar qué es necesario así como qué es legítimo para luchar contra el terrorismo, finalidades principales de este

lucha contra los terroristas, puesto que ésta puede “dañar hasta destruir los fundamentos de nuestros Estados (de Derecho) y sociedades (liberales)”; RIDAO, “Crecer a la sombra del enemigo”, p. 13, pone de relieve que “por mortíferas que puedan ser las acciones de Al Qaeda y organizaciones afines, por devastadores que puedan resultar sus atentados, el riesgo más grave al que se empieza a enfrentar el mundo es otro muy distinto. Puesto que los *occidentales* se sienten inseguros ante la amenaza de los *islamistas*, la mayor parte de los gobiernos ha decidido lanzarse a algo que en la jerga política y administrativa se denomina ‘el incremento del componente de seguridad’ en materia de política exterior”; y RORTY, “Fundamentalismo: enemigo a la vista”, p. 11, considera que “el final del Estado de derecho se podría producir casi inintencionadamente tanto en los EEUU como en Europa, simplemente a causa de los cambios institucionales que se pretenden imponer en nombre de ‘la lucha contra el terrorismo’”. Así, por ejemplo, el citado autor indica que, en su país, algunos bromeaban acerca de que la izquierda estadounidense le tenía más miedo al Ministro de Justicia John Ashcroft, cuando ostentaba su cargo (durante la primera Administración Bush, de 2001 a 2005), que al mismísimo Osama Bin Laden. Por último, en palabras de Lord Hoffmann, miembro de la Cámara de los Lores del Parlamento del Reino Unido, la amenaza real para la pervivencia de la nación, en un sentido de la gente que vive de acuerdo con sus leyes tradicionales y valores políticos, no proviene del terrorismo sino de la normativa que se elabora para luchar contra tal fenómeno (véase Lord Phillips of Worth Matravers, “Impact of Terrorism on the Rule of Law”). Cfr. también BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, pp. 39-40; CANCIO MELIÁ, “Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo”, pp. 167-168; y LAQUEUR, *Una historia del terrorismo*, pp. 19.

²⁹ Véase MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 60-61 y 86-87.

³⁰ En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, p. 52, considera que “no es el aumento del antigarantismo jurídico el que va a favorecer nuestra sociedad democrática”.

³¹ Como pone de relieve TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 23-24, “el primer objetivo de una estrategia antiterrorista debe ser el mantenimiento de la democracia y el imperio de la ley”, puesto que “no está claro que el mantenimiento de la democracia como abstracción pueda lograrse recortando progresivamente las concretas libertades democráticas”.

³² En este sentido, BERGALLI, “Libertad y seguridad”, p. 76, indica que hay que evitar que ambas conquistas “pierdan entre ellas el equilibrio que ha facilitado la existencia de un espacio de convivencia democrática”; MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho Penal autoritario”, p. 165, considera que “la tarea fundamental del Estado de Derecho ha sido y es navegar entre ambos polos, delimitándolos lo mejor posible y procurando que estén en equilibrio y armonía”; y REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, pp. 140-141, afirma que “un imperativo en la respuesta estatal al terrorismo en el marco de regímenes democráticos ha de ser, en suma, el de mantener y defender sus bases de legitimidad al tiempo que, (...), desacreditar semejante desafío violento”.

trabajo de investigación, por un lado, hay que conocer sus rasgos distintivos y los bienes jurídicos atacados por tal actividad delictiva (capítulo primero). Como se verá, en la actualidad demasiados fenómenos se denominan con este vocablo, por lo que existe gran confusión sobre el contenido y los límites de este término. Y, por el otro lado, tiene que analizarse cuáles son las características de la normativa que regula dicha criminalidad. Como es sabido, el terrorismo se considera en nuestros días el máximo exponente del denominado Derecho Penal del enemigo, sobre el que existe gran controversia sobre su fundamento, lícito o no (capítulos segundo y tercero). Así, una vez analizadas estas cuestiones se estará en condiciones de proponer un sistema jurídico-penal funcional y racional para prevenir y castigar dicho fenómeno delictivo en el marco de un Estado democrático de Derecho, esto es, conforme a los parámetros de los ordenamientos constitucionales garantistas.

Obsérvese, por tanto, que el contenido de la fórmula “Estado democrático de Derecho” del que parte este trabajo no es meramente formal, esto es, no alude al mero proceso de aprobación de las leyes por mayoría con independencia de lo que establezcan, sino también material, es decir, que hace referencia a un modelo de Estado que impone unos límites a su potestad punitiva³³, siguiendo la propuesta elaborada por MIR PUIG³⁴. Como es sabido, el citado autor ha ideado una teoría vinculada al Estado democrático de Derecho³⁵, según la cual de este modelo de gobierno se derivan unos principios –garantísticos- legitimadores del *Ius puniendi*. Así, por un lado, el principio de legalidad, expresado con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege (praevia, scripta y stricta)*, es una exigencia del Estado de Derecho. Además, por el otro lado, un Estado democrático “tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social”³⁶. De este modo, se fundamentan los principios de humanidad, de culpabilidad, de proporcionalidad y de resocialización.

³³ Como indica GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho”, p. 62, “los ideales democráticos se materializan en los derechos fundamentales”. Así, “los derechos fundamentales son la esencia misma de la idea de democracia, erigiéndose en los pilares desde los que se levanta el edificio del Estado de Derecho”.

³⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 113 ss.; EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, passim*.

³⁵ En el cual, según el art. 1.1 CE, se constituye España.

³⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 130-131.

En consecuencia, el parámetro de legitimidad de la legislación antiterrorista a la luz del contenido asignado al rótulo “Estado democrático de Derecho” es una idea *supra*-legal y normativa, que conlleva que se pueda valorar no sólo las propias leyes, sino también la interpretación que de éstas haya realizado, en su caso, el Tribunal Constitucional.

PRIMERA PARTE. TERRORISMO: CONCEPTO Y RASGOS CARACTERÍSTICOS

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día la palabra terrorismo está “de moda” en todo el mundo. Actualmente, la clase política utiliza este concepto para hacer referencia a un sinnúmero de actos violentos y de fenómenos delictivos que acontecen todos los días, y, en consecuencia, la opinión pública y los medios de comunicación presentan como terroristas realidades muy distintas³⁷.

Así, por ejemplo, como indica CANCIO MELIÁ³⁸, las siguientes expresiones han sido utilizadas por diversos responsables políticos recientemente en España: “terroristas domésticos” para referirse a los hombres que maltratan a sus mujeres; “ciberterroristas” para denominar a los *hackers* que pretenden causar daños en los ordenadores atacados u obtener información³⁹; o “terroristas medioambientales”⁴⁰, hasta llegar al “terrorismo forestal”, para calificar la provocación de incendios. Es más, dichos enunciados no sólo parecen del agrado de la opinión pública, sino que ésta ha configurado otros rótulos tales como “terrorismo vial”, en referencia a quienes circulan violando los límites de velocidad⁴¹.

³⁷ Como indica GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.605, nos encontramos en una etapa histórica en que, en términos políticos, se tiende a la utilización extensiva y abusiva del concepto de terrorismo.

³⁸ CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, pp. 104-105, nota 28; EL MISMO, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 7.

³⁹ Sobre esta categoría, véanse ALEXANDER, “Terrorism in the Twenty-First Century”, pp. 83 ss.; y PÉREZ AGUSTÍ, *El terrorismo*, p. 7.

⁴⁰ En esta línea, también hay académicos (así, SCHOFIELD, “The Environment as an Ideological Weapon”, p. 620) que consideran que debería existir una ley específicamente dirigida a regular, perseguir y castigar el terrorismo medioambiental [*environmental terrorism*]. A juicio del citado autor, esta modalidad de terrorismo consiste en la utilización de las fuerzas de la naturaleza para propósitos hostiles, tales como la deliberada contaminación del agua, y el uso del medioambiente a modo de conducto para la destrucción, como la emisión de armas químicas o biológicas en la atmósfera.

⁴¹ Cfr. el artículo de opinión de la columnista Luisa Etxenique titulado “Otros terroristas”, que apareció en *El País* de 2 de septiembre de 2007 (edición impresa, p. 31).

Por su parte, en el ámbito de los *mass media* el término terrorismo aparece cada día en alrededor de una decena de noticias y artículos de opinión de distintos periódicos españoles y extranjeros⁴². De modo muy significativo, por ejemplo, en *La Vanguardia* de 8 de noviembre de 2006 tal vocablo se utilizaba en relación con hechos tan dispares como los siguientes: el intento de atentado contra instalaciones petroleras en Yemen; los ataques del Ejército israelí en la localidad palestina de *Beit Hanun* en la que murieron cerca de veinte personas; el proceso de paz con ETA; la condena de 12 años impuesta a De Juana Chaos por amenazas terroristas; la autorización de Guatemala de extraditar a España a cuatro militares y dos civiles por delitos de genocidio, torturas y terrorismo; el juicio por el 11-M; y el atentado de un “terrorista suicida” en el que murieron más de cuarenta soldados y resultaron heridos varias decenas en Pakistán.

Además, de esta tendencia también se han hecho eco las tareas de algunos operadores jurídicos de distintos países de Europa, los cuales han comenzado a subsumir delitos comunes de daños, incendios y desórdenes públicos en la categoría de terrorismo. Así, la Oficina Federal alemana de Lucha contra el Crimen (*Bundeskriminalamt*) ha calificado de terrorista al *Militante Gruppe (MG)*, el cual, hasta ahora, sólo ha provocado incendios que no han puesto en peligro concreto la vida de las personas⁴³; la Fiscalía griega de Terrorismo y Crimen Organizado ha ordenado una investigación para determinar si los incendios que asolaron Grecia en agosto de 2007 podrían ser considerados actos de terrorismo⁴⁴; y los tribunales españoles han calificado de terroristas determinados desórdenes públicos por su –mera- virtualidad de alterar la seguridad en las calles⁴⁵.

Por último, el concepto de terrorismo también se utiliza desde otros ámbitos de las Ciencias Sociales, como la Criminología, la Ciencia Política

⁴² Especialmente en el Reino Unido y en los EEUU. Basta con escribir la palabra “terrorismo”, “*terrorism*” o “*terrorist*” en el buscador de cualquier diario *online* (cfr., por ejemplo, *La Vanguardia* de 8 de noviembre de 2006, www.lavanguardia.es; *El País* de 15 de noviembre de 2006, www.elpais.com; *El Periódico* de 3 de julio de 2007, www.elperiodico.com; *The Times* de 15 de junio de 2007, www.timesonline.co.uk; o *The New York Times* de 2 de julio de 2007).

⁴³ Véase *infra* 1^a.II.2.B.b, con más detalle.

⁴⁴ Cfr. *El País* de 27 de agosto de 2007. De este modo, puede observarse como la etiqueta “terrorismo forestal”, a la que se ha hecho referencia al inicio de este apartado, no sólo ha sido usada por la clase política sino que también se ha adoptado a nivel institucional.

⁴⁵ Véanse el ATS de 11 de mayo de 2006 (ponente Saavedra Ruiz); y la SAP-Barcelona de 26 de julio de 2006 (ponente Magaldí Paternostro), analizados *infra* 1^a.VI.3.A con más detalle.

o la Sociología⁴⁶, e, históricamente, ha servido para denominar fenómenos diferentes en distintas épocas⁴⁷, puesto que los métodos terroristas se usan dentro de otros escenarios⁴⁸. Por tanto, el terrorismo como método, esto es, la utilización de actos violentos susceptibles de aterrorizar a las personas, se manifiesta junto con otras formas de violencia política⁴⁹. De hecho, uno de los problemas actuales es que se confunde el terrorismo como fenómeno delictivo y el terrorismo como método. Así, el nazismo atemorizó a las sociedades europeas durante la Segunda Guerra Mundial. Del mismo modo, cualquier dictadura se caracteriza por gobernar mediante el terror. Ahora bien, ¿puede afirmarse que Hitler, Stalin, Pinochet y Bin Laden, por ejemplo, constituyen exponentes de un mismo fenómeno?

Pese a la proliferación de su uso⁵⁰, sin embargo, no existe en la comunidad jurídica a la que pertenecemos un concepto penal de

⁴⁶ Según MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 28, es necesario delimitar el concepto jurídico-penal de terrorismo, puesto que se utiliza para “definir realidades sociológicas, políticas y criminológicas de muy distinta entidad”. Sin embargo, tampoco existe una definición consensuada de terrorismo en otros ámbitos de las ciencias sociales (véase LAQUEUR, *La guerra sin fin*, p. 359). Según este mismo autor, *Una historia del terrorismo*, p. 30, “el término terrorismo ha llegado a abarcar una gama tan amplia de variedades de actividad violenta que debería ser sustituido por otro término”. Sobre el amplio concepto de terrorismo usado en otras disciplinas científicas, véase la obra de REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo, passim*, quien es catedrático de Ciencia Política.

⁴⁷ En este sentido, SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining Terrorism”, pp. 18 y 20. Así, GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 91, con ulteriores referencias, pone de relieve que el terrorismo ha ido conformando sus características principales a través de tres fases sucesivas: “la primera correspondería al gobierno revolucionario francés de 1793-1794, coincidiendo con la entrada del término en el lenguaje político; la segunda, de límites temporales más lábiles y geográficamente menos localizables, tendría su puntual más significativo en el populismo ruso de finales de siglo [XX], y el tercer y último período, en el cual vivimos, puede considerarse que comenzó hacia 1967-1968”.

⁴⁸ Como afirma LAQUEUR, *Una historia del terrorismo*, pp. 35 y 37, las guerras generales, las guerras civiles, las guerras revolucionarias, las guerras de liberación nacional, la guerra de guerrillas y los movimientos de resistencia contra ocupantes extranjeros han usado actos de terror sistemático, esto es, métodos terroristas.

⁴⁹ LAQUEUR, *La guerra sin fin*, p. 147.

⁵⁰ En este sentido, es significativo la cantidad de entradas respecto a la definición de terrorismo que existen en *Google*, así como que ésta no deja de incrementar. SCHMID, en su trabajo “Terrorism on Trial”, p. 378, publicado en 2004, afirma que en *Google* existen más de veinticinco millones de entradas respecto a este concepto. Ahora bien, a 15 de febrero de 2007 este número ascendía ya a 61.900.000.

terrorismo que sea inequívoco⁵¹ y unánimemente aceptado⁵², ni en los ordenamientos internos ni en el ámbito internacional⁵³. De este modo, es usado indistintamente por las fuerzas más opuestas para deslegitimar o criminalizar al opositor y se manipula y amplía por los distintos grupos enfrentados para favorecer sus propios intereses⁵⁴.

Por ejemplo, como apunta BIGIO⁵⁵, “en la guerra fría EEUU propagandizó como ‘combatientes por la libertad’ a fuerzas, como las de Bin Laden, a las que hoy acusa de ‘terroristas’. Bin Laden justifica el ataque del 11 de septiembre aduciendo que EEUU es el peor terrorista (...). Para Moscú, el peor terrorismo es el de los chechenos separatistas y para éstos el mayor terrorismo es el del ejército ruso que arrasó su capital matando a decenas de miles de civiles (...). Israel ataca a Hamas e Hizbolah como terroristas, pero

⁵¹ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 27. En el mismo sentido, LECHADO, *La globalización del miedo*, p. 22; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 28.

⁵² Según la doctrina, las razones que impiden un concepto de carácter general de terrorismo que se pueda imponer con validez universal son de carácter político, no técnico (véanse DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 17; EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, p. 144; JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, pp. 310 ss.; y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 49 y 50-51).

⁵³ Cfr. ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, p. 47; DÍAZ BARRADO, “El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo”, pp. 56-57; DOUCET, “Terrorisme”, pp. 251 ss.; DUFFY, *The “War on Terror”*, pp. 17 ss.; GARCÍA RIVAS, “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista”, aptdo. III; JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, pp. 313 ss.; y el *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, pp. 8 ss. Sin embargo, como indica ZEIDAN, “Agreeing to Disagree”, p. 215, es una paradoja que después del 11-S exista una alianza internacional sin precedentes para luchar contra el terrorismo y un acuerdo unánime en condenar este fenómeno, pero no haya una definición universal, permanente y segura del término (expone una breve historia del esfuerzo internacional habido en la modernidad para definir terrorismo SCHARF, “Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes”, pp. 360 ss. Por su parte, GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, pp. 37 ss., enumeran los Convenios sobre terrorismo elaborados por la ONU y por la Unión Europea; y DÍAZ BARRADO, “El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo”, pp. 54-55, hace referencia a los instrumentos internacionales de carácter convencional más sobresalientes habidos hasta la actualidad en materia de terrorismo).

⁵⁴ En el mismo sentido, ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, pp. 44-45; APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo*, p. 47; DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 17; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 78; JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, p. 305; LAQUEUR, *Una historia del terrorismo*, p. 25; LECHADO, *La globalización del miedo*, pp. 22-23; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 49 y 51-52; y VERCHER NOGUERA, “Terrorismo y inserción social en España”, aptdo. I.

⁵⁵ BIGIO, “¿Es viable el concepto de terrorismo?”, p.1.

Siria y muchos países musulmanes les consideran independentistas palestinos y quieren juzgar a Sharon como criminal de guerra”.

Como consecuencia de tal panorama, pues, se mezcla el terrorismo con delitos comunes, con los actos sucedidos en el marco de un conflicto bélico, con crímenes cometidos por dirigentes estatales contra su población o parte de ella, y con la resistencia armada legítima frente a la ocupación extranjera⁵⁶ o la opresión de un régimen dictatorial⁵⁷. Así, no es posible saber si sus ejecutores actúan legítimamente, son delincuentes comunes o terroristas, o cometen crímenes de guerra, de genocidio⁵⁸ o de lesa humanidad⁵⁹, ni, por tanto, si al ser detenidos o capturados deben tener el estatus de delincuentes o de presos de guerra.

Tal es la confusión que hasta se ha llegado a crear un híbrido entre los presos de guerra y los delincuentes terroristas. Como es sabido, los detenidos en la base militar de Guantánamo y en otras prisiones militares de los EEUU tienen el estatus de “combatientes enemigos”, categoría que se encuentra en un limbo legal⁶⁰.

Además, dicho concepto contiene una carga emotiva⁶¹ de tal entidad que conlleva que la delincuencia nombrada de esta manera sea interiorizada como más grave. El núcleo duro del terrorismo, esto es, aquella actividad sobre la que nadie discute su naturaleza terrorista, es una forma de

⁵⁶ En este sentido, es muy gráfico el foro que planteó el diario *BBC Mundo.com* de 30 de octubre de 2003 (www.elmundo.es) cuya pregunta era la siguiente: “**los atentados en Irak, ¿representan una resistencia legítima a la ocupación, o se trata de terrorismo?**” (última fecha de visita el 25 de febrero de 2008).

⁵⁷ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II; y MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, p. 40.

⁵⁸ En la práctica, hechos “susceptibles de tipificarse como constitutivos de delito de genocidio, pueden también calificarse como terrorismo” (así, el AAN de 5 de noviembre de 1998, ponente Cezón González). Véanse, también, las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal en el “caso Scilingo”, que calificaron conductas cometidas durante la dictadura argentina como delitos de genocidio y terrorismo, en relación de concurso real (SAN de 19 de abril de 2005, ponente de Prada Solaesa).

⁵⁹ En el “caso Scilingo”, el Ministerio Fiscal también aceptó la calificación de delitos de lesa humanidad y terrorismo en relación de concurso real. Por su parte, la propia Audiencia Nacional (Sentencia de 19 de abril de 2005) manifestó que en el supuesto enjuiciado habían concurrido los elementos típicos de los delitos de terrorismo. Véase con más detalle *infra* 1^a.III.1.

⁶⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, pp. 81 ss. Véase *infra* 1^a.IV.1. con más detalle.

⁶¹ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II.

criminalidad que causa especial repulsa en la sociedad⁶², así como un pavor más intenso, por razón de los bienes jurídicos afectados, los medios utilizados, la reiteración con que se cometen atentados y el estado de coacción al que somete a la población. Por tanto, hay que ser muy cuidadoso al etiquetar un fenómeno criminal con el rótulo “terrorista”, puesto que esa animadversión comporta que la delincuencia así denominada, más allá de su tratamiento legal más severo, sea también percibida como tal a nivel social⁶³. Así, por ejemplo, un “ciberterrorista” es peor que un *hacker* informático, un “terrorista forestal” es más reprochable que un pirómano, o un “terrorista doméstico” es más execrable que un maltratador. De este modo, si la ciudadanía siente que existe un mayor número de sujetos “peligrosísimos” y de grupos de delincuentes catalogados como enemigos, su percepción del riesgo y sus ansias de venganza incrementan⁶⁴.

No obstante, es sabido que la sensación de inseguridad y los sentimientos de indignación no son buen augurio para el respeto de los límites y las garantías tradicionales del Derecho Penal⁶⁵: por un lado, ante el peligro proveniente del terrorismo, la libertad (subjetiva) de la mayoría depende por completo de su seguridad, por lo que ésta constituye una reivindicación fundamental⁶⁶; y, por el otro, la retribución como fin del castigo se convierte en una herramienta instrumental para satisfacer las necesidades sociales de pena⁶⁷, de modo que se demandan sanciones susceptibles de mantener encarcelados a los delincuentes de por vida⁶⁸.

⁶² Es de la misma opinión NIETO GARCÍA, “Aspectos jurídicos y criminológicos de la reacción de la sociedad”, p. 1.

⁶³ Como indica LECHADO, *La globalización del miedo*, p. 26, el término “terrorista” demoniza al adjetivado y consigue un fin propagandístico.

⁶⁴ Sobre esta cuestión, véase NIETO GARCÍA, “Aspectos jurídicos y criminológicos de la reacción de la sociedad”, p. 4.

⁶⁵ Puesto que la ideología de la seguridad, la cual se nutre, en gran parte, por el aumento de sensibilidad frente al riesgo, conduce a un incremento en las actitudes punitivistas de la población que el legislador acoge (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, p. 556; FARALDO CABANA, “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo”, pp. 763-764; PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 21-22; LA MISMA, “El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal?”, p. 527; y SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 32 ss.). Véase *supra* 2^a.IV.2.

⁶⁶ IGNATIEFF, *El mal menor*, pp. 20-21.

⁶⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, pp. 227-228.

⁶⁸ Véase LLOBET ANGLÍ, “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas”, pp. 27 ss.

Ahora bien, pese a la “amalgama de terrorismos” existentes⁶⁹, los Estados democráticos de Derecho tienen que determinar con claridad este concepto en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Puesto que, actualmente, todos los países, sus operadores jurídicos y políticos y las distintas disciplinas sociales están de acuerdo en que el terrorismo es una forma de violencia que provoca la muerte y la destrucción, es el Derecho **Penal** el llamado, en primer término, a regularlo y contrarrestarlo. Por tanto, las normas penales han de establecer qué consideran que es terrorismo. Por un lado, en orden a respetar el principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*, esto es, la seguridad jurídica característica de un Estado de Derecho⁷⁰. Dado que las legislaciones en esta materia son de carácter excepcional⁷¹ hay que conocer la clase de delincuencia a la que puede aplicarse⁷². Por el otro lado, para no subsumir en una misma categoría delictiva conductas cuyo contenido de injusto, bien cuantitativo, bien cualitativo, es distinto. Como es sabido, un Derecho Penal legítimo

⁶⁹ Como indica LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, p. 535, “el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico, con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas”. Véase, también, GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, pp. 35-36

⁷⁰ En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 48; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 35; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, pp. 30-31; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 29. Y, desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional, JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, p. 310.

⁷¹ Como indican POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, “Derecho Penal del enemigo: algunos falsos mitos”, pp. 616-617, las normas excepcionales aprobadas en “*Estados sociales y democráticos de Derecho*” para luchar contra el terrorismo responden a un “*fenómeno internacional que caracteriza la sociedad contemporánea en la época de la globalización*”. Véase *infra* 2ª.II, sobre las excepciones, sustantivas y procesales, dispuestas en el ordenamiento jurídico español. Además, el art. 580 CP establece la agravante de terrorismo internacional y el art. 24.2 b) LOPJ prevé la jurisdicción universal de estos delitos. Así, pues, hay que conocer qué condenas por terrorismo dictadas por jueces o tribunales extranjeros pueden ser equiparadas a las sentencias dictadas dentro de nuestras fronteras; y, en que casos la jurisdicción española es competente para conocer sobre hechos cometidos en otros países por ciudadanos extranjeros constitutivos de terrorismo en nuestra ley, respectivamente. Por último, las víctimas de este fenómeno tienen adscrito un sistema de indemnizaciones especial (cfr. la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo. Sobre esta cuestión, véanse los trabajos de FUSTER-FABRA TORRELLAS, *Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo, passim*, y LLOVERAS FERRER, “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo”, *passim*).

⁷² ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 48; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 54; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 71; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 16, 29 y 62; y RAMOS VÁZQUEZ, “Terrorismo e intervención penal”, pp. 100, 102 y 105.

no puede sancionar con la misma pena hechos que tengan un grado de desvalor diferente, por razones de igualdad y proporcionalidad.

Así, el punto de partida de este trabajo a fin de alcanzar el concepto jurídico-penal de terrorismo se asienta sobre un método inductivo, que puede dividirse en tres fases. A partir de la observación de distintos fenómenos delictivos violentos que, en ocasiones, son etiquetados como terroristas por su virtualidad de afectar a la convivencia democrática, se extraerán, en primer lugar, los rasgos característicos que comparten. De este modo, una vez establecidos sus elementos comunes, en segundo lugar, se procederá a comparar si todos ellos lesionan exactamente los mismos bienes jurídicos o, por el contrario, alguna manifestación extrema de violencia se caracteriza por incorporar algún rasgo que la hace especialmente reprochable. De ser así, el rótulo terrorismo sólo podrá predicarse de aquellas conductas que posean tal plus de injusto. Y, por último, el contenido de desvalor fijado será el punto de partida para determinar aquellas modalidades de ataque que son capaces de alcanzarlo, esto es, servirá de base para establecer los rasgos característicos del terrorismo y sus límites con otras actividades que no tengan la virtualidad de vulnerar los bienes jurídicos tutelados por tales delitos. Así, se extraerán consecuencias respecto al terrorismo de Estado y se trazará la frontera entre el terrorismo y la guerra.

II. EL CONCEPTO DE TERRORISMO

Dicho todo lo anterior, pues, la primera cuestión a dilucidar versa sobre los elementos atacados por las distintas tipologías de delincuencia violenta que es usual ver etiquetadas con el rótulo de terrorismo y las diferencias, si es que las hay, que existen entre ellas. Sólo así, se estará en condiciones de establecer un concepto jurídico-penal de terrorismo que tenga en cuenta los elementos distintivos existentes respecto a otros fenómenos delictivos, y que, por tanto, únicamente castigue con la misma pena conductas cuyo contenido de injusto sea idéntico.

Ahora bien, hay que poner de relieve que, de entrada, se partirá del análisis de aquéllos elementos que el terrorismo ataca en el seno de un Estado democrático de Derecho, el cual, a diferencia de una tiranía⁷³, debe combatir cualquier clase de delincuencia dentro de unos parámetros

⁷³ Cfr. DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, pp. 125 ss.

determinados⁷⁴. Puesto que la finalidad última de esta investigación es determinar qué pueden hacer los gobiernos de las naciones libres y abiertas para luchar legítimamente contra el terrorismo, hay que establecer, en primer lugar, los elementos que este fenómeno vulnera en su ámbito. En consecuencia, en las líneas que siguen se determinará, en términos penales, el contenido de injusto de los delitos de terrorismo regulados en los sistemas políticos democráticos y se diferenciarán distintas formas de violencia que coexisten en su seno.

1. El contenido de injusto de los delitos de terrorismo en el seno de los sistemas democráticos. Diferencia entre estas figuras, los delitos comunes y otras tipologías de delincuencia organizada y violenta

Ante todo, los delitos de terrorismo se caracterizan, como es sabido, por la comisión de infracciones comunes, a las que se les añade su virtualidad de causar terror entre la población⁷⁵, esto es, de alterar la paz pública, en orden a la obtención de determinados objetivos. De este modo, el terrorismo contiene un plus de desvalor respecto a la delincuencia común, puesto que a diferencia de los meros homicidios, lesiones, etc., cada acto concreto contribuye a la creación de una situación de alarma o miedo colectivo idónea para alterar la normalidad de la convivencia ciudadana y el ejercicio de los derechos fundamentales⁷⁶. Así, el hecho

⁷⁴ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 23, señala que “las democracias encuentran sus posibilidades de defensa recortadas por el respeto a las libertades fundamentales”. También POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, “Derecho Penal del enemigo: algunos falsos mitos”, p. 617, ponen de relieve que en las democracias consolidadas “existe la presunción *iuris tantum*, y razonablemente fundada, de que esas normas son *legítimas*”, y dicha presunción abarca tanto el aspecto formal como el material. En definitiva, pues, como indica GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho”, p. 53, “el marco de referencia de todo el Derecho penal es el sistema de derechos fundamentales y en general la Constitución, que hoy por hoy consagra un modelo llamado Estado de Derecho anudado a la idea de democracia”. Asimismo, cfr. *supra* en el capítulo introductorio.

⁷⁵ CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 50; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.604; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 77; MARTÍNEZ-CARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 482; REINARES, *Terrorismo Global*, pp. 16-17; SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 180; y WILKINSON, “Las leyes de la guerra y del terrorismo”, p. 119.

⁷⁶ En este sentido, REINARES, *Terrorismo Global*, p. 10, opina que el terrorismo tiene, respecto a la delincuencia común, ese plus de ataque a la convivencia pacífica y reglada de las sociedades democráticas, a su seguridad y a sus libertades. Por el contrario, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 165, considera que el plus de

terrorista trasciende al daño concreto causado⁷⁷ ya que conlleva un mensaje delictivo ulterior que amenaza la seguridad del resto de la sociedad.

Ahora bien, en la realidad cohabitan muchas actividades delictivas organizadas, reiteradas y violentas que atentan contra la paz, libertad y seguridad esenciales en nuestras sociedades democráticas. Así, junto a organizaciones de las que nadie pone en duda su carácter de terroristas, como ETA, el IRA o *Al Qaeda*, por ejemplo, existen grupos mafiosos⁷⁸, bandas juveniles que atemorizan a vecindarios enteros⁷⁹, asociaciones racistas⁸⁰ u organizaciones parapoliciales que se dedican a “campañas de exterminación de delincuentes comunes”⁸¹. De este modo, hay que determinar si todos estos fenómenos comparten los mismos rasgos de manera que se les pueda hacer merecedores de un único rótulo, y, por ende, de unas consecuencias penológicas idénticas; o, por el contrario, si alguno de ellos contiene determinados rasgos que permiten diferenciar distintas tipologías delictivas violentas susceptibles de atemorizar a la población.

Pues bien, en mi opinión, de la observación de la realidad puede deducirse que los grupos de los que nadie duda su naturaleza terrorista tienen un elemento que permite diferenciarlos del resto de la delincuencia violenta: la comisión de delitos por tales bandas y la alteración de la paz social se dirigen, en último término, a coaccionar a los gobiernos democráticos para que sucumban a sus peticiones. De este modo, no sólo no respetan el marco legal de una sociedad libre y abierta, es decir, los derechos y libertades fundamentales reconocidos en las constituciones y la convivencia pacífica, sino tampoco los mecanismos democráticos de toma de decisiones políticas. En otras palabras, los interlocutores de

gravedad de la respuesta estatal a la delincuencia terrorista, “con respecto a la que se ofrece a la ‘común’, estriba en la mayor peligrosidad que la mera existencia de las bandas organizadas (y no sólo su actuación delinciente efectiva) presenta para la subsistencia del Estado democrático, en la medida en que ésta amenaza o lesiona bienes jurídicos fundamentales para el mismo”.

⁷⁷ Como indica LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 47-48, el conjunto de las conductas delictivas concretas realizadas se dirigen a la modificación del orden político-democrático, lo que “trasciende a la finalidad intrínseca de cada una de las conductas delictivas individualmente consideradas”.

⁷⁸ En este sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 165, opina que una asociación ilícita de corte mafioso puede generar “series de delitos gravísimos que puedan producir un verdadero sobresalto público”.

⁷⁹ Como, por ejemplo, los *Latin Kings* y los *Ñetas*.

⁸⁰ Por ejemplo, el *Ku Klux Klan* (KKK) o grupos de *Skinheads* o “Neonazis”.

⁸¹ Como sucede en algunas grandes ciudades de Brasil (cfr. CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 166-167).

dichos grupos son tanto los miembros de una sociedad democrática como sus gobernantes (constituidos o en proceso de constitución).

En cambio, las diversas manifestaciones del crimen organizado aludidas no persiguen la subversión política de un país, sino, al contrario, manipular el existente en orden a conseguir sus intereses⁸². Así, dichas bandas u asociaciones pretenden crear un sub-sistema normativo al margen del impuesto por el Estado⁸³, a fin de obtener poder (normalmente económico⁸⁴, aunque también pueden tener un origen xenófobo), pero no obligar a los gobiernos a que cambien sus políticas en contra de las decisiones tomadas libremente por la mayoría de ciudadanos⁸⁵. De este modo, tales fenómenos delictivos no son

⁸² SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining terrorism”, p. 20.

⁸³ CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, p. 1.896, texto y nota 47, indica que otras organizaciones criminales no terroristas construyen un verdadero Estado paralelo, como, por ejemplo, la guerrilla o las fuerzas paramilitares colombianas, o las asociaciones delictivas que controlan el casco urbano de grandes ciudades brasileras.

⁸⁴ En el mismo sentido, SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining terrorism”, p. 20, pone de relieve que la mafia es un tipo de criminalidad organizadas sin objetivos políticos que usa la violencia para conseguir poder económico; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 179, considera que “el grupo terrorista es portador de un *programa político*”, del que fenómenos como la “‘mafia’ y la ‘camorra’ carecen”. También CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 165, opina que una asociación ilícita de corte mafioso no puede ser considerada terrorista. Por su parte, DE URBANO CASTRILLO, “El Terrorismo como forma de organización delictiva”, aptdo. II, afirma que la diferencia entre la organización criminal-tipo y los grupos terroristas es que la primera opera con una finalidad económica, mientras que la segunda no busca beneficios económicos sino políticos. En este sentido, el art. 416 *bis* CP italiano establece que una asociación es de tipo mafioso cuando, entre otros casos, tiene como finalidad: o bien la de procurarse la gestión o el control de negocios, concesiones administrativas, contratos de obras o servicios públicos, esto es, la conquista de un espacio de poder en el sector económico público o privado; o bien la de obtener beneficios ilícitos, es decir, no tutelados por el ordenamiento jurídico (cfr. GARGANI, en PADOVANI (dir.), *Codice Penale*, p. 1.979). De este modo, mientras este precepto se ubica dentro de los delitos contra el orden público, el terrorismo se castiga en el ámbito de los delitos contra la personalidad interna del Estado.

⁸⁵ En sentido parecido, CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, *passim*, p. 1.897 considera que “en comparación con las organizaciones criminales comunes, el cuestionamiento del ordenamiento que implica el terrorismo es especialmente drástico”. El significado político de las acciones violentas realizadas implica “un cuestionamiento del procedimiento de representación política diseñado por el ordenamiento jurídico, y, en sus coordenadas básicas, en la Constitución”. Así, concluye (p. 1.904) que “en las infracciones de terrorismo queda especificado el contenido de injusto general de los delitos de organización: en el presente terreno, el desafío al Estado va más allá de discutirle el monopolio de la violencia; lo que la organización terrorista quiere es poner en cuestión los mecanismos de toma de decisión establecidos en ese Estado”.

terroristas⁸⁶ -desde una perspectiva penal-, aunque también puedan llegar a representar un problema político⁸⁷.

En consecuencia, el bien jurídico atacado por el terrorismo en los estados democráticos es triple: en primer lugar, el bien jurídico concreto protegido por cada delito común, esto es, la vida, integridad física, libertad, etc.; en segundo lugar, la paz pública en su acepción de estado colectivo de tranquilidad y sosiego por la propia vida⁸⁸; y, por último, las vías democráticas de toma de decisiones políticas, es decir, el poder del pueblo como único legitimado para decidir sobre el contenido de las leyes y de las políticas públicas⁸⁹, desde un plano simbólico⁹⁰. Por el contrario,

⁸⁶ Esto no implica que los citados grupos no realicen conductas también muy graves. De hecho, el art. 10 CE equipara el “orden político y la paz social”. Ahora bien, lo que ocurre es que en el terrorismo confluyen ambos elementos.

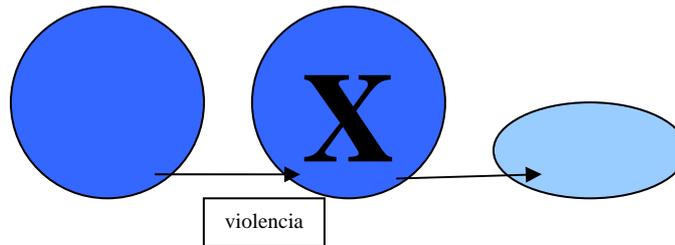
⁸⁷ Cfr. SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 179; y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, pp. 863-864.

⁸⁸ Cfr. ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 79.

⁸⁹ En la doctrina, otros autores se han pronunciado en sentido similar. Así, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, pp. 76-77, se refiere a los delitos comunes, la paz pública y “el orden democrático de encauzamiento de los proyectos políticos (el orden constitucional)”; BUENO ARÚS, “Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo”, p. 119, considera que el terrorismo atenta contra la seguridad del Estado, “en la medida en que vulnera o pone en peligro el régimen político imperante, la forma de gobierno, la estabilidad y el normal funcionamiento de los órganos del Estado”; contra el orden público, en su acepción “de seguridad ciudadana, paz social u orden en la calle, que son los bienes o expectativas sociales más directamente vulnerados por el terror y la alarma que los terroristas pretenden crear en beneficio de sus propios fines. Por último, los bienes individuales más comúnmente destruidos por los actos terroristas son: la vida (homicidios, asesinatos), la integridad corporal (lesiones, mutilaciones), la libertad (secuestros, detenciones ilegales) y la propiedad (robos, incendios, estragos)”; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 72, pone de relieve que “para comprender el concepto jurídico de terrorismo resulta imprescindible diferenciar tres planos: la comisión de delitos comunes; la finalidad de atemorizar a los ciudadanos; y el fin último, subvertir el orden político”; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 169, opina que el bien jurídico protegido por la legislación antiterrorista presenta una triple vertiente: el bien jurídico personal lesionado, la seguridad interior del Estado y la exclusividad del método democrático como instrumento de lucha política (en el mismo sentido, GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, “Terrorismo y tipificación penal”, p. 1.021). También CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 159, alude a la especial gravedad del injusto de los delitos de terrorismo, puesto que además de atacar los bienes jurídicos individuales y recurrir a la atemorización masiva, pone en cuestión los mecanismos de toma de decisión establecidos en el Estado. En cambio, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.603, afirma que el bien tutelado en los delitos de terrorismo es doble, a saber, los bienes jurídicos básicos protegidos en otros lugares del Código, “a los que se añade el elemento subjetivo de la finalidad de

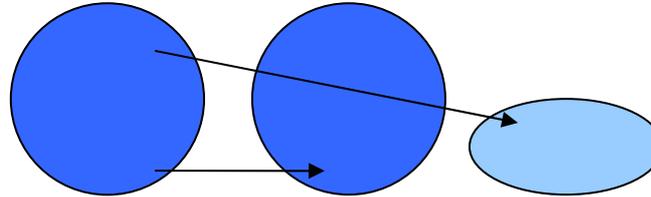
en el resto de modalidades delictivas citadas no concurre dicho tercer elemento, esto es, la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política⁹¹, por lo que su contenido de injusto es algo menor. En definitiva, mientras que estos fenómenos no pretenden modificar el “continente” democrático sino que alteran su “contenido”, el terrorismo ataca ambos elementos.

FENÓMENO TERRORISTA



El primer círculo representa la configuración del Estado antes de la actividad terrorista. La segunda figura muestra el daño que el terrorismo pretende causar a dicha configuración: su desaparición, en todo o en parte, y la creación de un nuevo Estado diferente, representado por la elipse. En última instancia, pues, la delincuencia terrorista persigue la sustitución de un orden (territorial, económico, religioso, etc.) por otro, a través del uso de la violencia, la creación de terror y la coacción al Gobierno.

DELINCUENCIA ORGANIZADA VIOLENTA



El primer círculo representa la configuración del Estado sin la actividad delictiva. La segunda figura muestra el daño que se le causa a dicha configuración. Puesto que no se pretende la instauración formal de un nuevo orden, el Estado, aparentemente, tiene la misma estructura y el mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, se ha creado un sub-sistema al margen de aquél que se rige por sus propias normas (representado en el círculo pequeño).

atentar contra bienes jurídicos supraindividuales”. Por último, en la jurisprudencia, la STS de 29 de noviembre de 1997 (ponente García-Calvo y Montiel) también se refiere al mencionado triple elemento.

⁹⁰ Véase *infra* 1^a.IV.2 sobre la importancia de lo simbólico en el terrorismo.

⁹¹ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 169.

2. Rasgos distintivos del terrorismo y límites con otras modalidades delictivas

Así, pues, en el apartado anterior se ha delimitado el terrorismo respecto de otras formas de delincuencia organizada y violenta. Ahora bien, dicha frontera no es la única que tiene que trazarse en este ámbito. Como se ha indicado, también se relaciona tal fenómeno con los desórdenes públicos, los meros incendios o el ciberespacio, por citar algunos ejemplos. Por tanto, a continuación hay que seguir depurando dicho término, lo que, a su vez, sólo puede realizarse a partir del contenido de injusto de los delitos de terrorismo que se ha establecido. Es decir, una vez determinados los bienes jurídicos tutelados por tales figuras se está en disposición de extraer, por un lado, el método a través del cual es posible atacarlos, esto es, la forma de comisión, la clase de delitos, el tipo de armas y la base orgánica susceptibles de vulnerar los elementos protegidos; y, por el otro, la finalidad perseguida por el fenómeno que nos ocupa. De este modo, en los apartados que siguen se fijará el concepto de terrorismo, esto es, se establecerán sus rasgos característicos y los límites con aquellas modalidades delictivas que no alcancen ese grado de injusto, bien en términos cuantitativos, bien en términos cualitativos.

Sin embargo, antes de entrar en esta cuestión se expondrá, brevemente, el estado de la cuestión sobre el concepto de terrorismo y sus elementos característicos en la doctrina penalista.

A) Estado de la cuestión en la doctrina penalista

Como pone de relieve BONANATE⁹², en la doctrina existen tantas definiciones de terrorismo como autores se han ocupado de tal fenómeno. No obstante, si bien es cierto que cada académico ha aportado su propio concepto⁹³, no lo es menos que existen unos rasgos característicos comúnmente aceptados: el sustrato armado, el *modus operandi* y la creación de un estado de miedo y coacción.

⁹² BONANATE, “Dimensioni del terrorismo político”, p. 149. Véase, también, GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 36.

⁹³ Así, LAQUEUR, *The New Terrorism*, p. 6, cuenta más de cien definiciones sobre este concepto.

En primer lugar, quienes han tratado esta materia ponen de relieve que una de las características del terrorismo es el uso habitual de armamento idóneo para la realización de sus finalidades delictivas⁹⁴. En concreto, hacen referencia a la utilización de armas de fuego y artefactos explosivos⁹⁵, como parte del esquema y funcionamiento de la actividad terrorista⁹⁶.

En segundo lugar, se afirma unánimemente que este fenómeno es una forma de criminalidad que se caracteriza por la realización de delitos graves contra las personas: homicidios, asesinatos, lesiones, secuestros, coacciones, etc., de manera reiterada⁹⁷ e indiscriminada⁹⁸, mediante el uso de las armas y los explosivos que posee ese grupo⁹⁹. De este modo, la violencia¹⁰⁰ es el medio del que se vale el terrorismo para conseguir sus propósitos¹⁰¹.

En tercer lugar, la doctrina considera que el terrorismo es susceptible de crear un estado de inseguridad, miedo colectivo y coacción¹⁰². Sin atacar

⁹⁴ Como indica LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 233-234, para que concurra una banda armada “será necesario que sus acciones delictivas se realicen habitualmente con armas aún cuando en un delito concreto se haya prescindido de su utilización”. En el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, p. 524.

⁹⁵ Cfr. LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 233-235; y PUYOL MONTERO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p.4.541.

⁹⁶ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 60.

⁹⁷ CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 50; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.604; y MARTÍNEZ-CARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 482.

⁹⁸ CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 145; y WILKINSON, “Las leyes de la guerra y del terrorismo”, p. 119.

⁹⁹ CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 145; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 37.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 72; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 179.

¹⁰¹ ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, p. 163; BUENO ARÚS, “Aspectos jurídicos del terrorismo”, p. 51; CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 144 ss.; CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 50; y GARCÍA VALDÉS, “La legislación antiterrorista”, p. 294.

¹⁰² GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.604; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 77; y MARTÍNEZ-CARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 482. De este modo, como pone de relieve LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 42, 78, texto y nota 197, y 179, no es necesario que efectivamente se produzca una situación o resultado de miedo o inseguridad, que siempre va a depender de elementos subjetivos y personales y que también se crea a través de otros fenómenos delictivos. Por el contrario, lo que se

la paz pública o a la seguridad ciudadana –de toda la sociedad en general o de un grupo en particular-, los terroristas no tienen nada con lo que obligar a un Gobierno, a la población o a un grupo a que adopte ciertas decisiones o se comporte de una manera determinada¹⁰³. De este modo, dicho elemento se encuentra indefectiblemente unido al anterior¹⁰⁴: es necesario que de modo continuado se realicen delitos graves e indiscriminados contra las personas para que objetivamente se pueda crear tal situación de terror.

Por el contrario, se discute sobre si es necesaria la existencia de una organización delictiva¹⁰⁵ que dé cobertura a las acciones terroristas¹⁰⁶, o

requiere es que el tipo de violencia utilizado sea objetivamente idóneo para alcanzar ese estado de terror. Así, aunque a juicio de YOUNG, “Political Terrorism as a Weapon of the Politically Powerless”, pp. 1.998 y 2.003, existen formas de terrorismo que no suponen la creación de una situación de miedo colectivo, las conductas que describe son idóneas para establecerlo. Según indica, algunas acciones terroristas intentan crear enfado y conseguir una revuelta popular mediante la colocación de bombas y el asesinato. Por ejemplo, los terroristas anarquistas franceses de principios del siglo XX intentaron iniciar una revuelta general mostrando que la República era, en realidad, débil, por lo que el asesinato de líderes políticos era un instrumento de “propaganda mediante la acción”. Sin embargo, tal *modus operandi* es susceptible de atemorizar al concreto colectivo objetivo de los ataques, aunque directamente se busque el enfado de la ciudadanía. Además, la detonación de artefactos explosivos es un medio idóneo para causar miedo a toda una población –puesto que las bombas producen un efecto incontrolado-, pese a que se dirija contra un grupo específico.

¹⁰³ CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 50; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 77; SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 180; y WILKINSON, “Las leyes de la guerra y del terrorismo”, p. 119. También desde otras ramas de las Ciencias Sociales se toma en cuenta este elemento: así, REINARES, *Terrorismo Global*, pp. 16-17.

¹⁰⁴ MARTÍNEZ-CARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 482; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 57-58; y REINARES, *Terrorismo Global*, p. 16.

¹⁰⁵ En general, se insiste sobre la necesidad de que concurra el elemento de jerarquía o verticalidad dentro de la organización (cfr. CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 137; y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 231). Sin embargo, en tiempos recientes y en el ámbito del terrorismo islámico global, es frecuente la estructura horizontal, celular o de red. En este caso, se trata de pequeños grupos que no tienen dirección única ni coordinación interna, unidos por lazos fuertes de lealtad (sobre esta cuestión, véase CANCIO MELIÁ, “Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo”, pp. 41-42; EL MISMO, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 138; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, pp. 46-47; y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, p. 60).

¹⁰⁶ En este sentido, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 51; CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1.393 (recientemente y de modo más rotundo en “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo”, p. 25; y, sobre todo,

puede practicarse por individuos aislados¹⁰⁷; y tampoco existe acuerdo respecto a la finalidad última perseguida por este fenómeno: si sólo es política o caben objetivos de otra naturaleza. Así, aunque se comparte la idea de que la comisión de delitos contra las personas de manera violenta y reiterada, actividad que es idónea para crear una situación de miedo y coacción, responde a un fin último, no hay unanimidad sobre cuál es su contenido. Mientras que según el sector doctrinal mayoritario es necesario que el terrorismo se oriente a la consecución de una meta política¹⁰⁸, para otros autores dicha finalidad puede tener otra naturaleza, esencialmente social¹⁰⁹.

en *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 59 ss., 134 ss. y 222-223); DE URBANO CASTRILLO, “El Terrorismo como forma de organización delictiva”, aptdo. I; GIMBERNAT ORDEIG, “La reforma de los delitos de terrorismo”, p. 84; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 77 y 91 (la misma autora mantiene esta postura en otros trabajos: “Sobre el concepto de terrorismo”, p. 555; y “Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo”, p. 103); MARTÍNEZ-CARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 486; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 34 y 56-57; PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, p. 501, nota 1; y SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining Terrorism”, p. 21.

¹⁰⁷ Son de esta opinión los siguientes autores: CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p.37; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 2.015; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 73; GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, pp. 51-52; RAMOS VÁZQUEZ, “Terrorismo e intervención penal”, p. 98; SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 179; y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 60.

¹⁰⁸ En este sentido, ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, p. 163; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 27; CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 151 ss.; EL MISMO, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, pp. 1.897 y 1.902 ss.; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 35; CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 50; CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER, “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, p. 186; DE PRADA SOLAESA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, p. 74; EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, p. 34; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, pp. 2.603 y 2.605; GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 4; GARCÍA VALDÉS, “La legislación antiterrorista”, p. 294; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, pp. 72 y 75; GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 47; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 83; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, p. 45; SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining Terrorism”, p. 21; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, “Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho”, p. 77; y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 55 y 59.

¹⁰⁹ Así, BUENO ARÚS, “Aspectos jurídicos del terrorismo”, pp. 51 y 54; EL MISMO, “Principios generales de la legislación antiterrorista”, pp. 135- 136; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 25-26; GARCÍA RIVAS, “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista”, aptdo. VI; y MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, pp. 161-162.

Ahora bien, hay que poner de relieve que, generalmente, no se matiza sobre qué hay que entender por finalidad política o por finalidad social; o, si se hace, se le asigna un contenido muy amplio al fin político¹¹⁰. Poner bombas para conseguir mejoras salariales en empresas privadas; para excluir social y políticamente a un colectivo (*Ku Klux Klan –KKK-*, por ejemplo); para concienciar sobre la necesidad de un mayor respeto a la naturaleza; para imponer determinadas creencias religiosas, ¿persigue fines sociales o políticos? O, tal vez, ¿se encuentran mezclados?¹¹¹. En realidad, de las reflexiones genéricas realizadas por la mayoría de autores que han tratado esta cuestión se desprende que también consideran terrorista la actividad delictiva cuya finalidad se dirige a vulnerar las normas básicas de la convivencia democrática o a impedir el ejercicio de los derechos constitucionales¹¹². Por tanto, en el fondo, el punto de desacuerdo doctrinal versa sobre el significado atribuible a la expresión “finalidad política”. Los autores que usan este rótulo como equivalente al

¹¹⁰ Por ejemplo, LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, pp. 538-539, considera que “la defensa o conservación del sistema constitucional es, del mismo modo que su cambio o modificación, un fin político”. A su juicio, la lesión del orden constitucional no “sólo se obtiene con el cambio frontal del sistema (practicando un terrorismo de signo ‘revolucionario’ o reaccionario)” sino “también con la desvirtuación de sus reglas básicas”.

¹¹¹ En este sentido, GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 127, siguiendo a QUINTANO, pone de relieve que “no existe razón para diferenciar entre lo social y lo político pues ya desde su origen, en el siglo pasado, la lucha social se incorpora permanentemente a la política, transformándose la ideología social en incuestionablemente política”.

¹¹² En este sentido, CANCIO MELIÁ, “Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo”, pp. 23-24, hace referencia a que el terrorismo vulnera los “elementos esenciales de la organización o convivencia social recogidos en la Constitución”; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 27, alude a que la “causa final que el terrorismo anhela y persigue se condensa en subvertir, total o parcialmente, el orden político constituido”; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, passim*, p. 2.603, considera que “la actividad terrorista persigue en último término la alteración institucional o el cambio político”, y p. 2.605; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 863, hace referencia a la desestabilización del sistema democrático y las bases sobre el que éste se asienta; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 179, afirma que el fenómeno terrorista es portador de un “proyecto de organización de la convivencia”. También ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, p. 163; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 57-58, mencionan genéricamente que el terrorismo ataca al Estado democrático de Derecho. Por su parte, otros autores aluden al régimen democrático, pero tampoco especifican su contenido. En este sentido, GARCÍA VALDÉS, “La legislación antiterrorista”, considera que el terrorismo trata de destruir el sistema político democrático; y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 238, opina que los delitos de terrorismo protegen “la libertad de todos y cada uno de los españoles”, el régimen democrático.

orden democrático y a la paz social no incluyen en el terrorismo la persecución de fines sociales de modo explícito, pero éstos se infiltran en lo político. En cambio, quienes aluden expresamente a los fines sociales están pensando en un concepto más reducido de finalidad política. Por tanto, respecto a las consecuencias prácticas, parece que no hay demasiadas diferencias entre ambas posturas. En definitiva, hay indicios para suponer que la mayoría de la doctrina también consideraría terrorista al siguiente grupo: aquél que pusiera bombas en las librerías de un país para impedir la venta de una obra considerada blasfema, independientemente de la etiqueta utilizada para denominar los fines últimos que persigue el terrorismo, bien políticos¹¹³, bien sociales¹¹⁴.

B) El método: la violencia reiterada e indiscriminada contra las personas susceptible de crear terror en el público

Como se ha indicado, una vez establecido el estado de la cuestión en la doctrina penalista, es hora de tomar postura sobre el concepto y características del fenómeno que nos ocupa. Así, a grandes rasgos, con el término terrorismo deben denominarse, en mi opinión, aquellas conductas delictivas violentas, reiteradas e indiscriminadas; dirigidas contra bienes jurídicos personalísimos; capaces de instrumentalizar a las personas para conseguir fines políticos; y realizadas bien por bandas, organizaciones o grupos armados¹¹⁵, bien por sujetos individuales. Por tanto, el terrorismo utiliza un método determinado, a saber, el uso de una violencia de tal intensidad que es susceptible de originar terror en la sociedad, mediante la cual persigue la finalidad de conseguir cambios

¹¹³ Respecto a la definición de “finalidad política”, el análisis más detallado y profundo de cuantos elaborados por la doctrina es el realizado, recientemente, por CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 158 ss. Sin embargo, pasando del plano de lo enunciativo, a lo ejemplificativo, tampoco queda claro si determinados casos, como el propuesto, se incluirían o no en el concepto de terrorismo.

¹¹⁴ Precisamente, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 81, pone de relieve que en el terrorismo, los datos de la “organización” y de la “violencia” desplazan el papel que tradicionalmente había desempeñado la motivación política subyacente, lo que a su juicio es un avance en contextos democráticos. De este modo, en su opinión **serían terroristas delitos de inspiración mafiosa, xenófoba o religiosa cometidos sin finalidad política, pero dirigidos a perturbar la paz social.**

¹¹⁵ Por tanto, también los grupos que utilizan los atentados como forma de “propaganda mediante la acción” (véase *supra* nota 102) entran en esta definición, puesto que mediante su actividad delictiva instrumentalizan a las personas para conseguir cambios políticos.

políticos¹¹⁶; pero no es necesario que concurren determinadas características estructurales, esto es, aunque suele actuar con la cobertura de una organización, conceptualmente también puede aparecer a título individual¹¹⁷. Veámoslo, pues, con más detenimiento.

a) La reiteración e indiscriminación delictiva como mecanismo de instrumentalización de las personas

Como se ha indicado, en el ámbito del terrorismo cada acto concreto no sólo lesiona el bien jurídico personal atacado por ese atentado, sino que trasciende al daño específico. De este modo, la actividad delictiva contra las personas característica del terrorismo tiene que realizarse de modo reiterado (es decir, continuo) e indiscriminado (esto es, aleatorio)¹¹⁸. El mensaje de un atentado terrorista es que volverá a ejecutarse ese hecho u otro igual de destructivo, mientras el *statu quo* que se pretende modificar siga inalterado¹¹⁹ –de aquí la importancia de la continuidad o la

¹¹⁶ Ya en este sentido, WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, p. 49, considera que “el terrorismo político puede ser sintéticamente definido como intimidación coercitiva. Consiste en el uso sistemático del homicidio y de la destrucción, y en la amenaza de matar y destruir, con el fin de aterrorizar individuos, grupos, comunidad y gobierno para que cedan a las demandas políticas de los terroristas”.

¹¹⁷ De este modo, aunque pueda afirmarse que existen distintos tipos de terrorismo (por ejemplo, según el ámbito espacial en el que se mueva, así, doméstico o internacional; el tipo de armas utilizadas, esto es, bombas, armas de destrucción masiva, etc.; o el concreto cambio político perseguido, a saber, territorial, religioso o anarquista, entre otros), la naturaleza jurídico-penal de este fenómeno es una sola, y, por tanto, dicho concepto debe ser unitario (de otra opinión, BEGORRE-BRET, “Terrorism, Globalization and the Rule of Law”, pp. 2.000 ss.).

¹¹⁸ En el mismo sentido, CANCIO MELLÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 145; EL MISMO, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, p. 1.900, pone de relieve que la selección de víctimas siempre es “personalmente aleatoria”; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 57, considera que la falta de discriminación de los terroristas a la hora de elegir los objetivos, induce que en la mente de todos esté que cualquiera puede ser víctima del terrorismo”; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 26, afirma que “el terrorismo se presenta como una amenaza impalpable que se cierne sobre todos” y pretende “que nadie se sienta seguro en sitio alguno”; REINARES, “Estado, democracia liberal y terrorismo político”, p. 114, alude a al carácter de impredecible de las acciones violentas terroristas; y WILKINSON, “Las leyes de la guerra y del terrorismo”, p. 119, siguiendo a ARON, indica que “la falta de discriminación ayuda a propagar el terror, puesto que, si nadie en particular es un objetivo, nadie puede estar seguro”. De otra opinión, LECHADO, *La globalización del miedo*, pp. 75 ss.

¹¹⁹ Sobre el terrorismo como proceso de comunicación simbólica, véase TUMAN, *Communicating Terror, passim*. Cfr., también, CANCIO MELLÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 144, quien alude al terrorismo como estrategia de comunicación; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*,

reiteración delictiva¹²⁰-. Así, a la concreta persona atacada no sólo se le lesionan sus bienes más fundamentales sino que también es instrumentalizada¹²¹, y lo es en un doble nivel.

Por un lado, el recado enviado con la comisión del hecho se dirige a toda la sociedad o a un grupo (*instrumentalización de primer nivel*) y conlleva la alteración de la paz pública, esto es, la transformación de un “estado de tranquilidad y sosiego [social] trascendentes”¹²² en una situación de miedo o terror colectivo por la propia vida. De aquí la relevancia del elemento de indiscriminación, puesto que, de este modo, la concreta víctima “tiene sólo un valor simbólico, como portadora del mensaje, con efectos masivos, de que a cualquiera puede sucederle lo mismo”¹²³; sobre todo a aquéllos que se interpongan en su camino o se opongan a sus planes¹²⁴. Pese a que, en términos estadísticos, existen más posibilidades de morir o

pp. 47 ss., autor que pone de relieve que “el terrorista por esencia busca comunicar un mensaje de terror”; y FERNÁNDEZ MONZÓN, “Prensa, opinión pública y terrorismo”, pp. 68 ss., cuando afirma que los actos terroristas son gestos o mensajes que los terroristas quieren que se difundan para crear inseguridad en la población.

¹²⁰ En este sentido, CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 50; y GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.604, indican que sin pronóstico de repetición y continuidad delictiva el acto terrorista no supera la lesión de los derechos de la víctima concreta.

¹²¹ En tal sentido, FERRAJOLI, “La violencia y la política”, p. 76, opina que el terrorismo despersonaliza a las víctimas y las niega como sujetos, puesto que las reduce a meros “símbolos o máscaras”. Por su parte, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 249, alude a que las víctimas del terrorismo “son nombradas como representantes del poder enemigo, no como personas”; y CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 145; EL MISMO, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, p. 1.900, considera que cada lesión personal cometida “es un mero instrumento para la intimidación masiva de sus pares”. Finalmente, también GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 37, aluden a la instrumentalización de personas para lograr objetivos políticos.

¹²² Concepto de paz pública establecido en la STS de 16 de octubre de 1991 (ponente Ruiz Vadillo).

¹²³ STS de 19 de enero de 2007 (ponente Monterde Ferrer).

¹²⁴ En el mismo sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 41. Véase, también, SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining Terrorism”, p. 21, quien considera que los actos terroristas tanto pueden dirigirse contra objetivos simbólicos como “ordinarios”, mientras tengan virtualidad suficiente para llamar la atención de los miembros de una sociedad y de sus gobiernos. Sobre esta cuestión, GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 46, ponen de relieve que la experiencia empírica demuestra que son víctimas del terrorismo tanto los cargos públicos por su valor simbólico, como cualquier persona cuando los actos son indiscriminados, en los que es completamente indiferente quien sea la víctima.

sufrir lesiones por otras causas, el impacto psicológico¹²⁵ del daño es mucho más elevado en el terrorismo¹²⁶. Es decir, la sensación de seguridad, esto es, la seguridad subjetiva¹²⁷, se ve mucho más afectada por este fenómeno aunque objetivamente otras causas sean más peligrosas para la vida e integridad de las personas; y, ello es debido a que el *modus operandi* utilizado, a saber, la aleatoriedad y la repetición (lo que también se relaciona con la magnitud del daño), incide en la psiquis de las personas de un modo especialmente intenso¹²⁸, sobre todo en la era de las armas de destrucción masiva¹²⁹ y de la comunicación de masas¹³⁰.

La realidad demuestra que el terrorismo, comparado con otros fenómenos, ocasiona un número relativamente reducido de víctimas¹³¹. Ante todo, otras causas delictivas conllevan más muertes que el terrorismo. Así, por ejemplo, en España ha habido **491** víctimas de violencia de género entre 1999 y 2006¹³², mientras que los asesinatos por bandas terroristas en el mismo periodo ascienden

¹²⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ MONZÓN, “Prensa, opinión pública y terrorismo”, pp. 68 ss., pone de relieve la dimensión psicológica del terrorismo.

¹²⁶ REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 39, afirma que “en su inmensa mayoría, los ciudadanos que habitan en países donde operan organizaciones terroristas nunca se han visto directamente afectados por atentado alguno”. Sin embargo, “revelan inquietud y desasosiego ante su existencia, hasta el punto de considerar el terrorismo, junto al desempleo y la drogadicción, como uno de los problemas sociales más graves”.

¹²⁷ Cfr. PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, p. 177.

¹²⁸ REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 39.

¹²⁹ En este sentido, según indican COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, pp. 192 ss., los efectos catastróficos de los atentados terroristas juegan un papel esencial en la creación de miedo entre la población, especialmente en la actualidad, con el peligro de las armas de destrucción masiva. Así, la gente cree que existe el riesgo de que “muramos todos”. Por tanto, los escenarios catastróficos (“*worst case scenarios*”) producen un miedo excesivo sobre eventos improbables, lo que, a su vez, impide la habilidad de las personas para hacer un balance racional de costes y beneficios en la respuesta a los ataques terroristas (sobre esta cuestión, cfr. SUNSTEIN, *The Laws of Fear*, p. 105). De aquí, las demandas de incriminación incontroladas por parte de la población para luchar contra este fenómeno, que el legislador acoge (cfr., más detalladamente, *infra* 2^a.IV.2).

¹³⁰ Hay que poner de relieve la importancia que los medios de comunicación tienen en la (eficaz) propaganda de los atentados terroristas, y, así, en las reacciones emocionales de la población. En este sentido, véanse GARCÍA GURRIONERO/ECHART/CANEL, “La cobertura del terrorismo como episodio terrorista y fatídico”, p. 3; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, pp. 47 ss.; y REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 39.

¹³¹ REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 39.

¹³² Véase en la web del Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el siguiente enlace: <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W801b.XLS> (última fecha de visita el 26 de febrero de 2008).

prácticamente a la mitad, esto es, **248**¹³³. Del mismo modo, en los EEUU fallecieron **3.047** personas como consecuencia de los atentados del 11-S. Ahora bien, a lo largo de 2001, **13.752** personas fueron víctimas de homicidio con arma¹³⁴. Además, respecto a sucesos básicamente imprudentes o fortuitos, los accidentes de circulación han dejado **26.780** fallecidos en España entre 2000 y 2005¹³⁵. Y, en el mismo orden de cosas, las causas técnicas suelen provocar la mayoría de siniestros mortales en los accidentes de aviación, no los atentados terroristas. Sin embargo, las personas están más dispuestas a pagar por un seguro de vuelo para cubrir las pérdidas provocadas por un ataque terrorista que por otra clase de motivos¹³⁶.

Por el otro lado, el mensaje del acto concreto también se dirige al Gobierno (*instrumentalización de segundo nivel*) con la intención de conseguir unos fines (políticos) determinados¹³⁷; mensaje que no llamaría su atención si no existiese esa situación de miedo colectivo. Puesto que la sociedad reclama protección del Estado, éste es más vulnerable a las demandas terroristas si la población está atemorizada¹³⁸. Por tanto, la creación de terror general es a la vez fin y medio¹³⁹.

En definitiva, pues, el alcance físico de esa interacción social violenta, que es menos letal y destructiva que la ocasionada por otros fenómenos, conlleva un impacto psíquico de tal magnitud que es idóneo para

¹³³ Véase en la web de la Fundación Víctimas del Terrorismo el siguiente enlace: http://www.fundacionvt.org/index.php?option=com_content&task=view&id=124&Itemid=98 (última fecha de visita el 26 de febrero de 2008).

¹³⁴ Cfr. los *Uniform Crimes Report* correspondientes a 2001, <http://www.fbi.gov/ucr/01cius.htm> disponibles en la web del *Federal Bureau of Investigation*, FBI (última fecha de visita el 26 de febrero de 2008).

¹³⁵ Cfr. los datos publicados por la Dirección General de tráfico respecto a los muertos en carretera entre 2000 y 2005 en el siguiente enlace: http://www.dgt.es/was6/portal/contenidos/documentos/seguridad_vial/estudios_informes/est_info_segVial009.pdf (última fecha de visita el 26 de febrero de 2008).

¹³⁶ COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, p. 194.

¹³⁷ En sentido similar, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 75, considera que la muerte de una concreta víctima se utiliza como mensaje de coacción y como instrumento para la obtención de determinadas pretensiones políticas.

¹³⁸ Como indica GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 29, una función esencial del Estado es “la provisión de servicios de seguridad y de previsión de riesgos”.

¹³⁹ En este sentido, HORGAN, *The Psychology of Terrorism*, p. 14, considera que el objetivo primordial o directo de los terroristas, en orden a conseguir sus fines políticos, es causar un estado psicológico de miedo y pánico en la generalidad de la población.

atemorizar a los miembros de una sociedad determinada y para dirigir los comportamientos de los gobiernos¹⁴⁰.

1º La continuidad delictiva

Dicho lo anterior, resta todavía matizar el concreto alcance de los elementos de reiteración y aleatoriedad delictiva. Así, respecto a la cuestión de la continuidad cabe aclarar que lo esencial es que exista un pronóstico de repetición objetivamente constatable, puesto que sólo en estos términos es posible configurar una actividad que verdaderamente sea susceptible de atentar contra la paz pública y coaccionar al Estado¹⁴¹.

Además, este criterio sirve para determinar el inicio y el fin de una concreta actividad terrorista. Por un lado, el primer atentado de un nuevo grupo (o de un individuo), que mediante su ejecución dirija una amenaza a la sociedad y al Gobierno con seguir haciéndolo, puede ser considerado terrorista si, objetivamente y *ex ante*, parece creíble su reiteración¹⁴²: por ejemplo, explosiones de gran magnitud o atentados de gran calado con muchas víctimas o contra lugares emblemáticos, que muestren la capacidad operativa y destructiva de esa nueva organización. De este modo, las dimensiones de macroatentados específicos, como los del 11-S, comportan que los siguientes hechos violentos puedan aparecer más espaciados en el tiempo –e, incluso, aunque no vuelvan a repetirse es posible seguir calificando al único delito como terrorista-. En cambio, si los ataques son a pequeña escala es necesaria una constante oleada de atentados¹⁴³, para poder comenzar a hablar de terrorismo.

De la misma manera, también puede ser determinante para denominar terrorista un primer –e, incluso, único acto delictivo-, la alusión a un grupo que operó en el pasado, o la unión a una organización existente. Por ejemplo, si, en breve, surgiera una banda en el Reino Unido que afirmase ser “la nueva IRA”, o un grupo que se declarase parte de *Al Qaeda*, la nueva organización, al utilizar y hacer suya la carga destructiva y

¹⁴⁰ De modo parecido, cfr. CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 160; REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, pp. 14 ss.; y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 33.

¹⁴¹ Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 35-36, el terrorismo constituye “una renovada vivencia del mal que atemoriza y angustia”, por lo que sin pronóstico de continuidad delictiva no es posible que, objetivamente, se cree tal situación de temor y aflicción.

¹⁴² En sentido similar, véase la STS de 29 de julio de 1998 (ponente Delgado García).

¹⁴³ Cfr. HORGAN, *The Psychology of Terrorism*, p. 14.

psicológica que suponen (o han supuesto) dichas bandas armadas en las sociedades en cuestión, ya tendría esa capacidad de instrumentalización desde su primer atentado. De hecho, en la actualidad existen numerosos grupos que han ido adoptando la ideología *yihadista*, los cuales han pasado a formar parte de la red terrorista, flexible y descentralizada, liderada por *Al Qaeda*. Por tanto, desde el primer acto susceptible de instrumentalizar los bienes más esenciales de las personas, estos grupos presentan los elementos para ser considerados terroristas.

Así, por ejemplo, el pasado 9 de octubre de 2008, la organización terrorista peruana Sendero Luminoso, a la que se daba ya casi por extinguida puesto que llevaba sin cometer ataques desde principios de los años noventa, reapareció con un atentado que causó la muerte de dieciséis personas. En este caso, pues, es posible denominar terrorista este primer nuevo hecho delictivo¹⁴⁴.

Ahora bien, fuera de estos casos, si existe duda sobre la reiteración delictiva de un concreto acto, no podrá calificarse ese primer delito como terrorista, ni a sus autores pertenecientes a una organización de tal naturaleza. Para ello, será necesario esperar hasta que el mismo grupo ejecute un segundo atentado, siempre que éste sea idóneo para instrumentalizar a las concretas víctimas del modo indicado.

Por el otro lado, sólo a partir del momento en que un grupo o un individuo dejan las armas puede reputarse que su actividad terrorista ha finalizado. Así, aunque no es necesario que se cometan atentados cada día ni cada mes –de hecho, en la realidad ocurre que determinados grupos terroristas están años sin matar, lesionar o secuestrar–, mientras no se abandona la violencia definitivamente hay posibilidad de que se atente contra las personas en cualquier momento¹⁴⁵; especialmente, en los supuestos en que es conocido por el público que esas organizaciones siguen realizando delitos tendentes a ejecutar atentados contra la vida, integridad y libertad de las personas, como el robo de explosivos, la extorsión, etc.¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. *El País* de 15 de octubre de 2008.

¹⁴⁵ Así, como afirma CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 178, aunque un organización se encuentre en vías de extinción, como los GRAPO, aún se trata de una asociación de carácter terrorista, “teniendo en cuenta la persistencia de la autodefinition de sus componentes residuales como activistas (políticos)” de aquélla.

¹⁴⁶ Lo que en este trabajo se denomina delitos-medio (véase *infra* 1ª.V).

2º La indiscriminación delictiva

Por lo que respecta al elemento de la indiscriminación o aleatoriedad, hay que matizar tres cuestiones. Ciertamente, la realidad demuestra que la actividad de las organizaciones terroristas suele afectar a toda la población de uno o varios Estados (terrorismo nacional y terrorismo global¹⁴⁷, respectivamente), puesto que cualquier miembro de esas sociedades se presenta como una potencial víctima. Sin embargo, también cabe hablar de terrorismo si una banda armada circunscribe, bien el colectivo objeto de ataque, bien el lugar donde atentar, o excluye como blanco algún sitio o algún grupo de personas.

Así, en primer lugar, puede imaginarse una organización cuyo plan de actuación consista en atentar sólo contra determinados colectivos: por ejemplo, periodistas, fiscales, policías, o, incluso, contra los miembros de una familia real, y exija demandas políticas a cambio de no seguir haciéndolo. De este modo, el elemento de aleatoriedad se difumina de entrada, puesto que no cualquiera es marcado como objetivo. No obstante, la mera existencia de una banda armada en una sociedad, aunque sólo atente contra la vida, libertad e integridad de un colectivo determinado, es susceptible de afectar a la paz pública de la mayoría que ansía habitar en un lugar libre de tal clase de violencia, ya que, en el escenario contrario, todo el mundo puede verse afectado por un concreto acto terrorista. Dicho a modo de ejemplo, por mucho que la familia real

¹⁴⁷ REINARES, *Terrorismo Global*, pp. 23-24 y 31 ss., distingue entre terrorismo internacional y terrorismo global. A su juicio, son exponentes del primer tipo las organizaciones IRA y ETA, puesto que han encontrado apoyo en otros países o han usado los recursos de estados extranjeros y, en este sentido, también han cruzado fronteras (sobre el terrorismo internacional, véanse sus trabajos “Estado, democracia liberal y terrorismo político”, pp. 130 ss.; y “Dimensiones del terrorismo internacional”, pp. 41 ss.). Sin embargo, este elemento “internacional” se ha modificado con el cambio de milenio dando lugar al terrorismo global, el cual afecta, en estrecha conexión, a muchos países del planeta (así, por ejemplo, cfr. URIARTE, *Terrorismo y Democracia tras el 11-M*, pp. 105 ss., cuando distingue entre ETA y *Al Qaeda*). En este sentido, GARCÍA RIVAS, “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista”, aptdo. III, alude a la “deslocalización” que caracteriza la “globalización”. Por tanto, como indica BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, p. 29, hay que distinguir entre el terrorismo característico de los movimientos de liberación nacional, que tienen una unidad territorial y nacional, y las nuevas redes terroristas transnacionales, que operan desterritorializadamente, esto es, al margen de fronteras. Así, no hay ninguna zona en el planeta que pueda considerarse excluida de la amenaza terrorista (en este sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, *passim*, p. 44). Además, como pone de relieve este último autor, pp. 44-45, la revolución de las comunicaciones conlleva que un atentado en cualquier parte del mundo tenga repercusión en otras zonas remotas de la Tierra.

sea el objetivo directo de un grupo, parece plausible que el atentado contra sus miembros deberá realizarse en apariciones públicas, por lo que, *ex ante*, nadie queda imposibilitado para resultar muerto o lesionado como víctima “colateral” de los disparos o la explosión de un artefacto. Del mismo modo, si se envían cartas bomba a determinados colectivos, éstas pueden estallar mientras están siendo transportadas o al llegar a su destino, por lo que es posible que el cartero o los vecinos se vean afectados¹⁴⁸.

Ahora bien, si fuese constatable que la actividad continuada de un grupo determinado ha instrumentalizado a ciertas víctimas para conseguir un cambio político (instrumentalización de segundo nivel), es decir, se ha amenazado al Gobierno, pero la ejecución de delitos no ha tenido trascendencia social, esto es, no ha alterado la paz pública, no podrá hablarse de terrorismo: por ejemplo, se han producido tres asesinatos en orden a conseguir un fin político sin que hayan trascendido a la opinión pública los motivos de las muertes, puesto que la amenaza se ha dirigido al Gobierno privadamente a través de unas misivas; más concretamente, el Ministro de Defensa recibe una carta en la que se le conmina a tomar una decisión política si no quiere que mueran inocentes, lo que acaba sucediendo al no conseguirse la condición impuesta, pero sin que la ciudadanía sepa las razones de tales crímenes.

En nuestro ordenamiento jurídico, estos supuestos serían constitutivos de los correspondientes delitos de homicidio o asesinato en concurso real con unas amenazas. Sin embargo, de *lege lata* no existe ninguna circunstancia agravante que permita valorar el mayor contenido de injusto que representa la instrumentalización de segundo nivel, respecto a los supuestos en los que no existe esa coacción al Gobierno. Por tanto, tal elemento debería valorarse a la hora de determinar la pena concreta dentro de aquel marco.

Del mismo modo, tampoco es constitutivo de terrorismo el atentado contra un grupo tan reducido de personas cuya afectación a su seguridad pudiera subsumirse en el delito de amenazas individuales: por ejemplo, amenazar a un político con matar a su esposa e hijos para conseguir un fin determinado.

En este supuesto, junto a la amenaza inicial dirigida a dicho sujeto – mientras no consiga el fin (político) que anhelo mataré a tu familia- y los concretos homicidios o asesinatos concurriría, de nuevo, un

¹⁴⁸ Además, tal conducta es idónea para que el colectivo amenazado se haya sentido atemorizado.

delito de amenazas en relación de concurso ideal con cada muerte causada, puesto que cada asesinato, a parte de atentar contra la vida de la concreta víctima, enviaría un mensaje al resto de potenciales objetivos. Además, la determinación de la pena concreta también debería abarcar el contenido de injusto inherente a la coacción política fuera de los cauces democráticos.

Ciertamente, en este ámbito se plantean casos límite. Así, por ejemplo, no habría dudas en calificar como terrorista la actividad tendente a atentar únicamente contra los miembros de una comunidad universitaria determinada –por ejemplo, los alumnos, profesores y administrativos de la UPF- teniendo en cuenta las dimensiones de este colectivo. Ahora bien, ¿qué ocurriría si el objetivo de una banda armada fuera el conjunto de profesores universitarios de un departamento concreto, formado por algunas decenas de personas, o los estudiantes del grupo 1 de segundo de Derecho, constituido por un centenar de alumnos? En estos casos, ¿existiría la despersonificación propia del terrorismo?

Pues bien, en mi opinión, el parámetro tiene que ser el siguiente: si cualquier sujeto en la situación de la víctima se hubiera sentido intimidado a título individual, dadas las reducidas dimensiones del colectivo objeto de la amenaza, no podría hablarse de terrorismo¹⁴⁹. A modo de ejemplo, no cabe duda que la amenaza dirigida contra un grupo formado por diez o quince alumnos, consistente en atentar contra su vida en caso de no conseguirse la condición (política) impuesta, afectaría a la seguridad personal de cualquiera que se imaginase en dicho escenario. En cambio, quedarían abarcados por el fenómeno terrorista los supuestos en los que dicho espectador objetivo puesto en la situación de los sujetos conminados no se considerase aludido directamente: por ejemplo, como se ha indicado, fijar como objetivos de las acciones delictivas a los miembros de una comunidad universitaria compuesta por varios millares de personas. Por último, dada la incertidumbre que seguirían planteando algunos supuestos extremos, en caso de duda sobre la aleatoriedad de las víctimas, habría que optar por la solución más benigna, esto es, mantenerse al margen del terrorismo.

¹⁴⁹ La solución de este caso debería ser el mismo que el sugerido en el supuesto del político, con la particularidad de que los hechos amenazantes irían dirigidos a un colectivo (lo que en nuestro Código Penal se subsume en el art. 170.1 CP que reza lo siguiente: “*si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior*”).

En segundo lugar, también es posible hablar de terrorismo aunque el objetivo no sean todos miembros de la sociedad de un país determinado sino que éstos pertenezcan a partes del territorio dentro de aquél, como una comunidad autónoma, un municipio o, incluso, un pueblo concreto. Piénsese, que, por ejemplo, hay ciudades que son mucho más grandes que algunos países, por lo que no tendría ningún sentido circunscribir los objetivos del terrorismo a toda y cada una de las personas de un Estado. De aquí que se aluda a que la paz pública atacada por el terrorismo puede ser la de toda una sociedad y también la de alguna parte de ella.

Ahora bien, de nuevo, si llegasen a concretarse tanto las víctimas que su instrumentalización no tuviera trascendencia en, al menos, un sector desindividualizado de la ciudadanía no podría hablarse de terrorismo. Así, por ejemplo, el asesinato de los cinco únicos habitantes de un pueblo ubicado en medio de la montaña (en orden a la consecución de un fin político, claro).

Por último, y, en consecuencia, tampoco empaña el elemento de aleatoriedad que una organización terrorista declare públicamente que no atentará en algunos lugares o contra determinados colectivos.

Por ejemplo, como es sabido, en el año 2004 ETA anunció que no atentaría en Cataluña, por un lado; y, por el otro, en el Diario *Egin* de 21 de noviembre de 1997, dicha banda armada publicó un comunicado según el cual “suspendía totalmente sus acciones contra el frente de cárceles”, es decir, contra los funcionarios de prisiones¹⁵⁰.

b) La ejecución de delitos contra la vida, la libertad y la integridad de las personas

Así, pues, como acaba de indicarse, el terrorismo se caracteriza por la ejecución de delitos violentos contra las personas que de modo repetido y aleatorio sean susceptibles de instrumentalizar a sus víctimas en el doble nivel mencionado¹⁵¹. Por tanto, las concretas infracciones que tiene que realizar una organización terrorista (o un sujeto aislado) han de atacar contra los bienes personales más esenciales de los individuos¹⁵², puesto

¹⁵⁰ Cfr. la SAN de 8 de noviembre de 2006 (ponente Echarri Casi).

¹⁵¹ En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 260.

¹⁵² También son de esta opinión GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, pp. 48-49.

que tienen que ser idóneas para producir intimidación y conmoción. Sólo vulnerando y poniendo en peligro la vida, salud, integridad y libertad de las personas es posible alterar la paz pública en el sentido indicado, esto es, crear temor por la propia vida, y, en consecuencia, forzar a los gobiernos a que atiendan las peticiones terroristas.

En consecuencia, ante todo no puede ser terrorista la actividad que sólo atente contra la propiedad y otros bienes materiales o aquélla que únicamente produzca altercados públicos: por ejemplo, los actos de un grupo ecologista que ejecute permanentemente delitos de daños contra los edificios e instituciones de un Gobierno poco respetuoso con el medio ambiente¹⁵³; o los grupos antiglobalización que realizan desórdenes públicos.

Ahora bien, si junto al resultado constitutivo de daños o como consecuencia de tales desórdenes, perseguidos con dolo directo de primer grado, se lesionasen o pusieran en peligro la vida, salud, integridad o libertad de las personas con dolo eventual, no habría ningún problema en considerar terroristas tales hechos, siempre y cuando concurrieran los demás requisitos a tal efecto (continuidad delictiva, uso de armas, etc.).

Por el contrario, las infracciones terroristas tienen que afectar a los bienes más preciados de las personas¹⁵⁴. Así, no hay duda de que será terrorista una organización que persiga la ejecución de homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, secuestros y/o lesiones graves¹⁵⁵.

Cuya frontera con las lesiones leves puede marcarse, en nuestro Código Penal, acudiendo a los límites entre los delitos (arts. 147 ss.) y la falta de lesiones (art. 617.1), esto es, según si existe necesidad o no de tratamiento médico o quirúrgico, respectivamente. Así, en mi opinión, el terrorismo tiene que ejecutar algo más que únicamente

¹⁵³ De otra opinión, BEGORRE-BRET, “Terrorism, Globalization and the Rule of Law”, p. 1.998; y YOUNG, “Political Terrorism as a Weapon of the Politically Powerless”, pp. 56 ss., quienes consideran que las estrategias terroristas no requieren necesariamente recurrir al asesinato. A su juicio, también son terroristas los activistas medioambientales que sólo atentan contra la propiedad y los bienes materiales.

¹⁵⁴ En este sentido, CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.043, considera que el acto terrorista comporta un peligro para los bienes jurídicos más básicos de las personas. También se pronuncia en términos similares SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining Terrorism”, p. 21.

¹⁵⁵ Del mismo modo, aunque no es lo habitual, también hay que incluir entre estas infracciones la violación.

delitos de lesiones leves. En este sentido, es interesante el caso de las siete cartas bombas que estallaron en el Reino Unido entre finales de enero y principios de febrero de 2007, las cuales no eran idóneas *ex ante* para matar o lesionar gravemente a las personas, y sólo causaron algún herido leve¹⁵⁶. Según fuentes policiales, las primeras misivas enviadas parecían obra de activistas defensores del bienestar de los animales. Sin embargo, las últimas fueron remitidas a empresas relacionadas con el tráfico o la gestión de multas y peajes, por lo que los investigadores creyeron que los autores de los envíos podían ser un grupo de conductores que se sentían agraviados por algún problema concreto relacionado con el tráfico. Es más, la noticia periodística concluía del siguiente modo: “En el Reino Unido, es común que la gente recurra a actos violentos para llamar la atención sobre sus reivindicaciones, lo mismo a la hora de oponerse al uso de animales en pruebas científicas como para denunciar el supuesto trato discriminatorio a los varones cuando los jueces deciden sobre la custodia de los hijos de matrimonios rotos”. Ahora bien, como se ha indicado hasta este momento, tales reivindicaciones no pueden ser calificadas como terroristas si los delitos producidos sólo son *ex ante* relevantes para afectar a la propiedad o para constituir lesiones leves, o son meros desórdenes públicos.

Además, junto a los delitos de resultado mencionados, también transfiere a un grupo el calificativo de terrorista la mera provocación de explosiones¹⁵⁷ y la ejecución de incendios, que, aunque hasta un momento determinado no hayan matado ni lesionado a nadie, sí hayan puesto en peligro **concreto** la vida e integridad de las personas¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cfr. *El País* de 8 de febrero de 2007.

¹⁵⁷ Conducta que, en nuestro ordenamiento jurídico, es constitutiva del delito de estragos (art. 346 CP). Sobre esta infracción véase con más detalle *infra* 2^o.6.1.B.

¹⁵⁸ En el Código Penal español, los arts. 346 y 351, respectivamente, exigen que los delitos de estragos e incendios han de poner en peligro la vida e integridad de las personas. De lo contrario, tales conductas son constitutivas de daños. Ahora bien, respecto al grado de peligro, esto es, bien concreto, bien abstracto, los tribunales se encuentran divididos (por ejemplo, respecto al delito de incendios las SSTS de 31 de enero de 2005, ponente Ramos Gancedo, y de 29 de julio de 2004, ponente Saavedra Ruiz, consideran que se trata de una figura de peligro abstracto –además, esta última resolución pone de relieve que en este punto existen dos líneas jurisprudenciales-, mientras que la STS de 18 de febrero de 2003, ponente Saavedra Ruiz, se decanta por la solución del peligro concreto; por su parte, según la jurisprudencia mayoritaria de los últimos años, el peligro para la vida o integridad de las personas que exige el tipo penal de los estragos es “un peligro abstracto, general y comunitario” [SSTS de 25 de abril de 2000, ponente Martín Canivell; y de 19 de mayo de 2003, ponente Saavedra Ruiz]. Ahora bien, la STS de 31 de octubre de 1998, ponente Jiménez Villarejo, establece que “la índole abstracta del peligro [en el delito de incendios] se pone de manifiesto si se compara este precepto con el artículo 346 en que se describe la figura paralela del delito

Así, al contrario de lo que establece la Oficina Federal alemana de Lucha contra el Crimen (*Bundeskriminalamt*), el *Militante Gruppe* (MG), organización de extrema izquierda, antiimperialista y partidaria de la revolución social¹⁵⁹, no entraría en la calificación de terrorista. Puesto que desde 2001 sólo ha reivindicado ataques incendiarios contra instituciones públicas y privadas, las cuales no han puesto en peligro concreto la vida e integridad de las personas¹⁶⁰, tales conductas no reúnen los rasgos característicos de la instrumentalización de primer nivel.

Del mismo modo, cabe pensar en otros delitos de peligro –concreto– para la vida, integridad o salud de las personas; por ejemplo, en figuras de riesgo catastrófico, como la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos¹⁶¹; en delitos contra el medio ambiente¹⁶², como el envenenamiento de aguas u otros recursos naturales; en infracciones contra la salud de los consumidores, como la venta de comestibles nocivos para la salud¹⁶³; o, en alteraciones de las señales de tráfico de una gran ciudad o apagones que dejaran sin suministro eléctrico a hospitales, hogares, etc.

Así, por ejemplo, el 26 de febrero de 2008, un enorme apagón dejó sin electricidad y al borde del pánico al sur de Florida, donde habitan más de tres millones de personas. A causa de un problema en la red de distribución, la luz se fue de los hospitales y edificios dejando a cientos de personas en situaciones críticas y atrapadas en los ascensores. Además, al no funcionar los semáforos, en apenas veinte minutos se produjeron ocho accidentes y enormes atascos¹⁶⁴. Por tanto, si esta situación hubiese sido provocada por individuos con reivindicaciones políticas y hubiese existido pronóstico de reiteración, no hay duda de que se hubiera podido calificar tal

de estragos: si en el delito de incendio éste debe comportar un peligro para la vida o integridad física de las personas, en el de estragos la actividad destructiva que le caracteriza debe comportar un peligro necesariamente”. Por tanto, según esta resolución el requisito “necesariamente” comporta que el delito de estragos tenga que interpretarse como un delito de peligro concreto).

¹⁵⁹ Véase un resumen de su ideología en http://de.wikipedia.org/wiki/Militante_gruppe (última fecha de visita el 13 de octubre de 2008).

¹⁶⁰ Cfr. la cronología de los incendios cometidos por este grupo en [http://de.wikipedia.org/wiki/Militante_gruppe_\(mg\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Militante_gruppe_(mg)) (última fecha de visita el 13 de octubre de 2008).

¹⁶¹ Art. 341 CP.

¹⁶² Art. 325 CP.

¹⁶³ Art. 363.2 CP.

¹⁶⁴ Cfr. *El País* de 27 de febrero de 2008 (edición impresa, p. 13).

atentado como terrorista. De hecho, las autoridades locales informaron expresa e inmediatamente sobre las causas del incidente, descartando que fuese obra de algún grupo que tuviera tal naturaleza.

Por último, hay que analizar la “capacidad terrorista” de la mera ejecución del delito de amenazas. Si una organización sólo conmina a la sociedad con un mal determinado —por ejemplo, comenzaremos a matar aleatoriamente y no pararemos hasta conseguir nuestras metas (políticas)-, ¿puede tener la consideración de terrorista? Pues, bien, en mi opinión, parece claro que si ha pasado un tiempo sin que se haya ejecutado el daño con el que se amenazaba, los gobiernos y la población no tienen nada que temer —por lo que no puede hablarse de terrorismo-. Ahora bien, esta solución es más discutible durante el periodo en que esa amenaza parezca seria y susceptible de atemorizar a toda o parte de la sociedad, por desconocer ésta si, efectivamente, se ejecutará el mal anunciado o no en caso de no cumplirse la condición requerida. Sin embargo, pese a ello, me parece más correcto subsumir estos hechos en la figura de amenazas contra un colectivo¹⁶⁵.

Del mismo modo, si la intimidación se dirige contra personas concretas (amenaza individual) o concretables (amenaza dirigida contra un colectivo en el que cada miembro pueda sentirse aludido personalmente) con la finalidad de condicionar la libre expresión de su voto tampoco puede hablarse de fenómeno terrorista.

Téngase en cuenta que el art. 416 *bis* CP italiano establece que, entre otros casos, una asociación es de tipo mafioso cuando sus miembros se valen de la fuerza de la intimidación del vínculo asociativo con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurarse el voto para sí o para otro con ocasión de un proceso electoral. Del mismo modo, en Brasil, los grupos paramilitares formados por ex agentes y actuales miembros de diversos cuerpos de seguridad del Estado, que extorsionan a los vecinos de las favelas bajo su control a cambio de seguridad, también están acusados de amenazarlos para que voten a sus candidatos en los comicios para elegir a los alcaldes y concejales¹⁶⁶.

Sin embargo, obsérvese como, en este supuesto, no se trata tanto de que el delito con el que se conmina no sea susceptible de instrumentalizar a

¹⁶⁵ Cfr., de nuevo, el art. 170.1 CP.

¹⁶⁶ Cfr. la noticia aparecida en *El País* de 1 de agosto de 2008, informando sobre los vínculos entre algunos concejales de Río de Janeiro y grupos paramilitares.

las personas, de modo que el daño que han sufrido sirva de ejemplo para los demás. Lo relevante para descartar el terrorismo es que la amenaza directa sobre un sujeto determinado o determinable no presenta el rasgo de aleatoriedad o indiscriminación del que se vale dicho fenómeno a la hora de escoger a sus víctimas. En otras palabras, la intimidación individual o individualizable no envía un mensaje general a la sociedad diciéndole que cualquiera de sus miembros puede ser objeto de un delito, sino que anuncia a esas personas concretas que ellas van a sufrir un mal en caso de no cumplir con la condición impuesta. Por tanto, el mensaje de la amenaza no es “te puede tocar a ti, sujeto indeterminado, la próxima vez”, si no que es “te va a tocar a ti, sujeto determinado, si no cumples la condición impuesta”.

Ahora bien, en mi opinión, una asociación que utilice tales medios con dicho fin, aunque tampoco es terrorista, excede del fenómeno mafioso. Como se ha indicado, éste se caracteriza por crear sub-sistemas normativos al margen del impuesto por el Estado¹⁶⁷ para procurarse poder económico, no por alterar el proceso democrático de toma de decisiones políticas, con el fin de favorecer sus intereses. Por tanto, dichas organizaciones son un *tertium genus* entre las bandas armadas terroristas y los grupos mafiosos: como en el terrorismo, atacan los cauces democráticos, pero no despersonalizan a las víctimas; y, como sucede en el ámbito del fenómeno mafioso, crean una situación de miedo entre las personas afectadas por las amenazas, de modo que no pueden ejercitar sus derechos fundamentales (en concreto, el derecho de voto), pero, además, alteran el proceso democrático.

Por ello, de *lege ferenda*, las asociaciones que mediante la intimidación pretendan alterar los procesos electorales deberían castigarse con una pena situada entre la prevista para el terrorismo y la establecida en los supuestos de delincuencia organizada violenta que sólo altera el orden público. Por su parte, de *lege lata*, en España tal clase de organizaciones podría subsumirse en la modalidad prevista en el apartado 1º del art. 515 CP, pues tienen como finalidad la comisión del delito de amenazas. Sin embargo, no existe ninguna agravante que posibilite castigar el contenido de injusto que conlleva atentar contra el proceso libre y democrático de toma de decisiones políticas.

¹⁶⁷ En este sentido, MANTOVANI, “El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal”, p. 436, pone de relieve que la mafia “tiende a construir un ‘*contra-ordenamiento criminal*’. Con un poder ejercido sobre un ‘territorio’ en expansión y sobre una población heterogénea; con un ‘sistema normativo’ propio y no escrito”.

c) Sobre los medios utilizados: concepto extensivo de arma

Ciertamente, lo usual es que el terrorismo use armas de fuego y, sobre todo, explosivos en la ejecución de su actividad delictiva. Ahora bien, desde una perspectiva teórica, lo esencial es que el armamento utilizado¹⁶⁸ sea idóneo para instrumentalizar a las personas, es decir, para usar su vida, su libertad, su salud y su integridad física como motivo de terror social y como moneda de cambio con el Gobierno¹⁶⁹. Por tanto, como indican GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ¹⁷⁰, las armas usadas han de ser “capaces de causar grave daño a la vida”.

De este modo, es posible hablar de terrorismo aunque sólo se utilicen pistolas u otros tipos de armas de fuego. Así, por ejemplo, el caso de los dos francotiradores de Washington adaptado a la existencia de una finalidad política podría considerarse un caso de terrorismo. Como es sabido, durante octubre de 2002 dos sujetos mataron a más de una decena de personas con un rifle de largo alcance, consiguiendo atemorizar a toda la población de la capital de los EEUU. Por tanto, no es necesario usar explosivos y bombas para crear el terror social e instrumentalizar a las personas. En el mismo sentido, podría ser terrorista un grupo de samuráis que usando únicamente la espada como arma matase y lesionara a los miembros de una sociedad, creando así el pánico entre la población en orden a la consecución de un fin político.

Además, también deben incluirse junto a las tradicionales armas de guerra¹⁷¹, como cohetes y misiles¹⁷², los elementos químicos¹⁷³, como el gas sarín con el que una secta atacó el metro de Tokio en 2005,

¹⁶⁸ No consideran necesario el uso de armamento RAMOS VÁZQUEZ, “Terrorismo e intervención penal”, p. 98; y TERRADILLO BASOCO, *Terrorismo y derecho*, p. 60.

¹⁶⁹ También utiliza esta expresión PÉREZ AGUSTÍ, *El terrorismo*, pp. 7 y 10.

¹⁷⁰ GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 49.

¹⁷¹ En el ordenamiento español, por ejemplo, se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional (art. 567.2.1.º CP). Además, el art. 6 RA establece un listado de armas de guerra, entre las que se encuentran, por ejemplo, las “armas de fuego automáticas”, teniendo esta consideración el subfusil de asalto o las metralletas.

¹⁷² ALEXANDER, “Terrorism in the Twenty-First Century”, p. 67, hace referencia a cohetes antitanque y a misiles tierra-aire.

¹⁷³ En España, se consideran armas químicas o biológicas las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que sea parte (cfr. el art. 567.2.1.º CP).

radiactivos o nucleares¹⁷⁴, y las nuevas armas biológicas o bacteriológicas¹⁷⁵, en los casos del denominado “bioterrorismo”¹⁷⁶.

Piénsese, por ejemplo, en el miedo que generó en los EEUU el envío de cartas con ántrax que se registró en Nueva York, Washington y Florida con posterioridad a los atentados del 11-S. De hecho, el entonces Fiscal General, John Ashcroft, calificó estos sucesos de “bioterrorismo”¹⁷⁷. Además, posteriormente, se registraron casos de ántrax fuera de Norteamérica. En este sentido, es muy ilustrativa la noticia aparecida en *El Mundo* de 19 de octubre de 2001, informando sobre misivas contaminadas con ántrax en Kenia, las cuales desataron automáticamente una gran psicosis en el país africano¹⁷⁸.

Por último, hay que analizar si alguna manifestación del denominado ciberterrorismo –o terrorismo originado desde el ciberespacio¹⁷⁹- es susceptible de subsumirse en el verdadero fenómeno terrorista. De entrada, hay que indicar que existen muchas definiciones de este término desde que en 1980 fue acuñado por Barry C. Collin, investigador del Instituto de Seguridad e Inteligencia de California¹⁸⁰. De este modo, tal concepto también es utilizado para hacer referencia a la causación mediante el ciberespacio, esto es, el ámbito artificial creado por medios informáticos¹⁸¹, de cualquier daño valorable económicamente: por ejemplo, piratear un sistema informático e irrumpir en el mercado

¹⁷⁴ PÉREZ AGUSTÍ, *El terrorismo*, p. 16.

¹⁷⁵ En el mismo sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 70.

¹⁷⁶ BRENNER/GOODMAN, “In Defense of Cyberterrorism”, *passim*, p. 5, ponen de relieve que, en un primer momento, los métodos usados por el terrorismo fueron sintetizados mediante el acrónimo “NBC terrorism”, el cual significa “nuclear, biological, chemical terrorism” (esto es, “terrorismo nuclear, biológico y químico”). Sin embargo, más recientemente, tal acrónimo ha sido extendido a “CBERN terrorism”, que se traduce como “chemical, biological, explosive, radiological, nuclear terrorism”. Por tanto, en esta segunda etapa se añade el terrorismo radiológico y explosivo. Ahora bien, según indican (p. 8), los agentes radioactivos y nucleares todavía son meras posibilidades.

¹⁷⁷ Véase la noticia publicada en el siguiente enlace: www.terra.es/actualidad/articulo/html/act30399.htm (última fecha de visita el 13 de octubre de 2008).

¹⁷⁸ BRENNER/GOODMAN, “In Defense of Cyberterrorism”, p. 7, citan otro ejemplo de terrorismo biológico que ocurrió en 1984, cuando los seguidores de Bhagwan Shree Rajneesh infectaron un restaurante de ensaladas con la bacteria de la salmonera en un intento de influir en las elecciones locales.

¹⁷⁹ IQBAL, “Defining Cyberterrorism”, p. 397.

¹⁸⁰ Cfr. IQBAL, “Defining Cyberterrorism”, pp. 397 ss.; GORDON/FORD, “Cyberterrorism?”, p. 123; y EMBAR-SEDDON, “Cyberterrorism”, pp. 12 ss.

¹⁸¹ IQBAL, “Defining Cyberterrorism”, p. 399.

bursátil, provocando grandes pérdidas económicas¹⁸². Así, pues, en mi opinión tal modalidad de “ciberdelito” no tiene nada que ver con el terrorismo, puesto que no afecta a la vida, libertad o integridad de las personas. Ahora bien, en un sentido más restringido ciberterrorismo significa el uso de tecnología informática para lograr un estado psíquico de terror entre la población¹⁸³. De este modo, el **ciberespacio** podría ser un arma subsumible dentro del terrorismo si, en orden a un fin político, su uso fuera idóneo *ex ante* para afectar los bienes más esenciales de las personas¹⁸⁴, esto es, para generar una situación de violencia¹⁸⁵: por ejemplo, si mediante el acceso a los sistemas informáticos pertinentes se causara un caos circulatorio (piénsese en el ejemplo de Florida citado *supra* en el epígrafe anterior), el descarrilamiento de trenes o metros, o la colisión de aviones comerciales contra grandes urbes¹⁸⁶ (de hecho, los atentados del 11-S usaron aviones de pasajeros como armas de destrucción). Sin embargo, hay que poner de relieve que muchos especialistas en seguridad informática consideran que es virtualmente imposible que a través de la red pueda infligirse muerte a gran escala¹⁸⁷, y, de momento, el ciberterrorismo permanece como un fenómeno teórico que todavía no se ha materializado en la práctica¹⁸⁸.

d) Rasgos estructurales del terrorismo: ¿es posible hablar de terrorismo individual?

De entrada, la realidad pone de relieve que el terrorismo se encuentra indefectiblemente unido a la existencia de una organización delictiva¹⁸⁹, a

¹⁸² Cfr. BRENNER/GOODMAN, “In Defense of Cyberterrorism”, pp. 28 ss.; EMBAR-SEDDON, “Cyberterrorism”, p. 13; GHOSH, “Book Review: Belling the Cat, Virtually Review of Stuart Biegel’s”, p. 241; GREEN, “The Myth of Cyberterrorism”; IQBAL, “Defining Cyberterrorism”, p. 397; y SKIBELL, “Cybercrimes & Misdemeanors”, pp. 916-917.

¹⁸³ BRENNER/GOODMAN, “In Defense of Cyberterrorism”, pp. 19-26.

¹⁸⁴ Son de la misma opinión BRENNER/GOODMAN, “In Defense of Cyberterrorism”, pp. 12 ss.; e IQBAL, “Defining Cyberterrorism”, p. 408, aunque estos autores también incluyen graves pérdidas económicas.

¹⁸⁵ EMBAR-SEDDON, “Cyberterrorism”, pp. 14-15.

¹⁸⁶ Véanse estos y otros ejemplos en IQBAL, “Defining Cyberterrorism”, pp. 397 ss.

¹⁸⁷ GREEN, “The Myth of Cyberterrorism”.

¹⁸⁸ IQBAL, “Defining Cyberterrorism”, p. 398. Sobre esta cuestión, véase, también, EMBAR-SEDDON, “Cyberterrorism”, *passim*, pp. 17 ss., quien concluye que el ciberterrorismo es una causa de preocupación pero no de pánico (p. 19).

¹⁸⁹ En ocasiones, la doctrina y la jurisprudencia se refieren a esta banda u organización terrorista con el término “sujeto de inhesión”. Cfr. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, pp. 4.901-4.902, y la STS de 14 de diciembre de 1993 (ponente Montero Fernández-Cid), respectivamente.

la que distintos sujetos le aportan su apoyo y colaboración de modo particular. Como indica un sector de la doctrina, la organización es la que proporciona “los medios para ejercer la violencia con un mínimo grado de éxito y supervivencia”¹⁹⁰: tanto los concretos delitos como el sustrato de intimidación necesario¹⁹¹. En consecuencia, pues, un grupo importante de autores considera que no puede hablarse de terrorismo individual¹⁹² en sentido estricto, puesto que no resulta plausible que un sujeto por libre, sin la cobertura de una organización, tenga la suficiente potencialidad para ejecutar delitos de modo continuado, sembrar el terror social y presentar demandas políticas **con proyección de estabilidad**¹⁹³.

Ciertamente, no le falta razón al citado sector doctrinal, puesto que la conducta aislada de un sujeto no se presenta como idónea *ex ante* a fin de convencer a la población y al Gobierno de que se ha instalado en el ámbito de la violencia política y es factible que allí siga durante mucho tiempo (más allá, por supuesto, de la alarma social que los asesinos en serie crean, o del impacto social de un acto aislado de consecuencias catastróficas ejecutado por un único sujeto; así, tiroteos en una escuela, por ejemplo). Es decir, el elemento de la continuidad delictiva y, por ende, la instrumentalización de primer nivel se difuminan en demasía cuando una persona actúa sin la cobertura de un grupo. Así, la capacidad de repetición de conductas en el terrorismo recae en la organización,

¹⁹⁰ JORDÁN, *Los orígenes del terror*, p. 258. Según este autor, “el terrorismo es algo propio de organizaciones, y no de individuos aislados, porque son ellas la que ofrecen la oportunidad de recibir entrenamiento; viajar y sostenerse económicamente; obtener inteligencia, planeamiento estratégico, armas, documentación falsa, etc.”.

¹⁹¹ En este sentido, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 260, pone de relieve que la comisión de delitos graves, la estructura organizada estable y la finalidad de causar grave intimidación están entrelazados en una conexión funcional de interacción recíproca; y CANCIO MELIÁ, “Derecho penal? del enemigo y delitos de terrorismo”, p. 25, opina que “parece muy difícil de entender cómo una persona que no actúa en conexión con una organización terrorista, es decir, un sujeto aislado, va a poder ‘subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública’”. Cfr., también, ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, pp. 38 ss.

¹⁹² Sobre esta modalidad “de terrorismo”, véase con detalle *infra* 3^a.III.

¹⁹³ Así, muy ampliamente CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 59 ss., 134 ss. y 222 ss., en especial pp. 224-225. También ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 260, considera que la estructura organizada estable es la que dota de verosimilitud a la amenaza de reiteración de los delitos; y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 90, pone de relieve que la violencia reiterada, planificada y organizada, tiene que ser parte de una estrategia. Por tanto, “sólo se debe hablar de terrorismo cuando un conjunto de acciones violentas diferentes se pueden imputar a un mismo sujeto –la organización política–, que es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y de coherencia al modo de conseguirlo”. Véase, también, SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 189.

dado que aunque caigan uno o varios de sus miembros otros son llamados a reemplazarles.

En este sentido, incluso el caso del *Unabomber*, conocido “terrorista individual” que intentó luchar contra lo que entendía que eran los efectos malignos del progreso tecnológico, sería difícilmente subsumible en el verdadero fenómeno terrorista. Dicho sujeto realizó varios atentados con carta bomba durante un período de casi 18 años, con un resultado de 3 personas muertas y 29 heridos¹⁹⁴. Ahora bien, en mi opinión, tal *modus operandi*, esto es, la ejecución de tan pocos actos con escasas víctimas durante un lapso de tiempo tan prolongado, no es susceptible *ex ante* de instaurar el miedo entre la población¹⁹⁵ —es decir, no es idónea para trascender socialmente—.

Sin embargo, desde un punto de vista teórico y, sobre todo, dado el grado de destrucción que pueden alcanzar determinadas armas en la actualidad, es posible hablar de terrorismo individual. Así, por ejemplo, atacar a un sector de la población con armas químicas, biológicas o a través del ciberespacio es asequible para un sujeto aislado. En estos supuestos, la potencialidad lesiva que confiere la organización al terrorismo se ve substituida por la capacidad operativa y dañosa de los medios utilizados, los cuales pueden afectar la vida e integridad de muchas personas con la ejecución de una única conducta.

Es más, incluso con armas de fuego tradicionales existe un supuesto real reciente que podría haberse subsumido dentro del fenómeno terrorista en caso de haber perseguido reivindicaciones políticas: el caso de los francotiradores de Washington. Como se ha indicado, los disparos al azar que dos sujetos realizaron en la capital de los EEUU causaron gran alarma social durante los más de veinte días que mataron indiscriminadamente en octubre de 2002. En este sentido, es muy ilustrativa la siguiente noticia aparecida en la prensa: “El francotirador de Washington ha cambiado la vida diaria de los ciudadanos de manera más visible que los atentados del 11 de septiembre, con colegios cerrados, citas canceladas para la peluquería y comercios tomados por la policía. Rutinas como poner gasolina, cortar el césped, esperar el autobús, ir de compras o llevar a los hijos

¹⁹⁴ Cfr. http://es.wikipedia.org/wiki/Theodore_Kaczynski (última fecha de visita el 13 de octubre de 2008).

¹⁹⁵ Como pone de relieve CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 224-225, aunque este caso bien puede calificarse como de terrorismo individual redentor con pretensiones subjetivamente terroristas, en él no concurre la **proyección estratégica** que caracteriza este fenómeno (sobre este elemento, véase, también, EL MISMO, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, pp. 1.902 ss.).

al colegio se han convertido en actividades de riesgo por culpa de un asesino en serie que hace que el azar sea una cuestión de vida o muerte”¹⁹⁶.

Ahora bien, pese a lo indicado, cuestión distinta es la necesidad político-criminal de tipificar una conducta inexistente en la realidad. No tiene mucho sentido desde una perspectiva de necesidad de pena castigar una modalidad delictiva que, al menos hasta el presente, no se ha materializado en la práctica. Ciertamente, puede llegar a suceder. No obstante, el peligro de que mientras tanto se subsuman en la regulación de que se trate hechos y fenómenos que nada tienen que ver con el terrorismo¹⁹⁷ conlleva muchos más costes que mantener el terrorismo individual desterrado de los ordenamientos jurídico-penales.

C) La persecución de fines políticos: el atentado al sistema democrático más allá del ataque a la paz pública, el orden social o los derechos fundamentales

Sin duda la cuestión de los fines últimos perseguidos por el terrorismo es una de las más debatidas. Ahora bien, como se ha indicado, el problema no se sitúa en el rótulo que quiera darse a esas finalidades, así, “políticas”, “sociales” o, incluso, “religiosas”, sino en el contenido que se les asigne. En este sentido, tampoco es de gran ayuda aludir a conceptos abstractos como el orden constitucional o el Estado democrático de Derecho. Estas expresiones incluyen un modelo de sociedad determinado con implicaciones tanto políticas como sociales de toda índole¹⁹⁸. Por tanto, afirmar que el terrorismo persigue fines políticos, postura acogida en este trabajo, todavía no significa nada. Lo relevante es establecer qué se entiende por fines políticos en el ámbito de este fenómeno.

Establecido lo anterior, pues, sólo debe reputarse terrorista la actividad delictiva que instrumentaliza a las personas con la finalidad última de coaccionar a los dirigentes de los Estados, esto es, a los gobiernos constituidos (o en constitución). Únicamente puede hablarse de terrorismo cuando la “violencia instrumentalizadora” lo es en el doble nivel mencionado: es susceptible de atemorizar al público y busca como interlocutores a los gobiernos, ya sea con la intención de cambiar alguna

¹⁹⁶ Cfr. *El Colombiano* el 23 de octubre de 2002 (www.elcolombiano.com).

¹⁹⁷ Véase *infra* 1ª.VI.3.A.

¹⁹⁸ Por ejemplo, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 87, entiende por orden constitucional “el conjunto de normas que garantizan los derechos y libertades de los ciudadanos y regulan la organización de los poderes públicos”.

de sus políticas concretas (por ejemplo, política territorial, política exterior, política criminal, política sanitaria, política religiosa, etc.), ya sea para modificar el sistema de Estado, esto es, el orden político constituido (por ejemplo, convertir un Estado democrático de Derecho en un Estado totalitario, o viceversa; un Estado laico en uno confesional; etc.).

Respecto a esta última cuestión, cabe indicar que la naturaleza política del terrorismo es puesta en duda por aquellos autores que consideran que, en la actualidad, el terrorismo global no tiene una meta política, puesto que no planea construir un nuevo orden político o social, sino destruir el existente¹⁹⁹. Sin embargo, a la postre, ambas metas comparten el mismo rasgo, a saber, el cambio (político).

Así, por ejemplo, perseguiría una finalidad política la organización cuya actividad delictiva se caracterizara por matar indiscriminada y reiteradamente a mujeres, para conseguir un cambio en política de igualdad entre personas de ambos sexos; o que atentase contra seres humanos de distintas razas y religiones, en orden a lograr que el Estado les negara derechos políticos y sociales. En cambio, no perseguiría dicho fin, y, por tanto, no podría ser calificada de terrorista, la banda armada cuyo objetivo fuera el mantenimiento de la raza aria y, por ello, matase a las personas de otras etnias.

Es cierto que podría argumentarse que no existe ninguna diferencia entre matar violenta y sistemáticamente para conseguir que un Gobierno expulse a todas las personas de raza negra de su territorio, que asesinar a los miembros de dicho grupo racial para que se vean obligados a marcharse. Efectivamente, los concretos delitos, más allá del daño específico que causan, envían un mensaje a la sociedad, y, en especial, a las personas pertenecientes a ese colectivo, que es susceptible de causar temor en el público y de alterar la paz social: en definitiva, la instrumentalización de primer nivel es idéntica. Además, no hay duda de que la igualdad, la libertad, la seguridad y la dignidad son derechos básicos reconocidos en nuestra norma fundamental y en los Tratados Internacionales. Sin embargo, dicha actividad delictiva no busca la imposición por la fuerza de una política concreta, esto es, no interacciona con ningún Gobierno, sino que persigue la alteración del orden social

¹⁹⁹ Así, BEGORRE-BRET, “Terrorism, Globalization and the Rule of Law”, pp. 1.997-1.998, haciendo referencia a la bibliografía francesa sobre esta materia. No obstante, también hay autores que opinan lo contrario (por ejemplo, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 47).

constituido. Dicho de modo sintético, falta la instrumentalización de segundo nivel²⁰⁰.

En conclusión, pues, el atentado contra los derechos fundamentales y las libertades públicas y contra la convivencia pacífica o la paz social no es terrorismo²⁰¹, sino que constituye otros fenómenos delictivos²⁰². El rasgo distintivo del terrorismo es la coacción dirigida al Gobierno para conseguir la finalidad perseguida²⁰³. Ahora bien, dicha interacción con los

²⁰⁰ En este sentido, apunta RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 58, que el desvalor del terrorismo “recae en la lesión de bienes jurídicos con la finalidad de coaccionar al Estado, mediante el terror de la población y la inseguridad, para alcanzar un determinado objetivo, con independencia de la naturaleza del mismo: político, religioso, económico o ecologista”. Sin embargo, con el ejemplo que propone esta autora, todos los objetivos a los que alude son políticos. En efecto, lanza la siguiente pregunta: “si existiera una organización armada que atentara contra la vida de las personas, del mismo modo que lo hace por ejemplo ETA o el IRA, pero cuya motivación sea coacciona al Estado con el objeto de eliminar los obstáculos que éste pone al tráfico de drogas, ¿no se consideraría terrorismo?”. A su juicio, la respuesta tiene que ser a todas luces sí. Ahora bien, en mi opinión la contestación también ha de ser afirmativa. Lo que ocurre es que la finalidad en ambos ejemplos es política, puesto que se está alterando el procedimiento democrático de toma de decisiones políticas: mediante la coacción al Gobierno, en el primer caso se quiere conseguir un cambio de ordenación territorial (política territorial) y en el otro un cambio en materia de lucha contra las drogas (política criminal). Esta confusión también puede verse en el trabajo de MORAL DE LA ROSA, “La Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo”, p. 60. Según indica, “deben quedar comprendidos dentro del concepto de terrorismo aquellos ataques violentos a personas o grupos, con la finalidad de coaccionar al Estado o Estados o autoridad de cualquier tipo y cualquiera que sea la finalidad perseguida por su autor o autores, finalidad que puede ser social, cultural, étnica, religiosa, política o de otra naturaleza, ya que si no fuera así, no podrían tener encaje figuras de terrorismo tan de moda en estos tiempos, de carácter internacional, aunque no exclusivamente limitados a éste ámbito, cuya finalidad no es política sino de otra naturaleza, normalmente religiosa, las acciones por ejemplo de los grupos islamistas de corte internacional que representan la respuesta del mundo musulmán frente a occidente, sentada sobre las bases de su religión frente al ataque del invasor que pretende despojarle de sus creencias y cambiar su forma de vida o pensamiento”. Sin embargo, de nuevo, si lo característico del terrorismo es la finalidad última de coaccionar a un Gobierno para que tome determinadas decisiones, ese fin es político independientemente de la materia que pretenda alterar mediante la violencia.

²⁰¹ En contra, PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, p. 512, considera que tienen la misma magnitud la tendencia a suprimir el sistema democrático y la infracción de los derechos individuales que constituyen su verdadero fundamento. De este modo, a su juicio, hay que identificar el orden constitucional con el libre ejercicio de los derechos políticos fundamentales y ubicarlo “en el ámbito de la relación Estado-comunidad frente al Estado-Gobierno”.

²⁰² Véase *infra* 1ª.II.3, al tratarse los delitos de lesa humanidad.

²⁰³ En este sentido, hay que matizar que las represalias por una decisión política determinada también son constitutivas de terrorismo, puesto que el mensaje dirigido al Gobierno es el siguiente: “mientras no cambies esta política, lo ocurrido hoy puede

dirigentes de un Estado tiene matices distintos según si el sistema atacado es democrático o no. Es decir, el contenido de los términos “finalidad política” es distinto según el modelo de Estado contra el que se atente.

a) La finalidad terrorista en un Estado no democrático

Establecido lo anterior, pues, si “terrorismo” se define como actividad violenta que instrumentaliza a las personas con finalidad política, este fenómeno también cabe conceptualmente en el marco de los Estados totalitarios, autoritarios o dictatoriales²⁰⁴, esto es, antidemocráticos²⁰⁵. Ahora bien, se presenta la siguiente vicisitud: en dichos sistemas los terroristas pretenden cambiar una política determinada no decidida mediante un proceso democrático. De este modo, debe matizarse el contenido de injusto de tales hechos, por un lado; y, por el otro, han de establecerse los límites entre los atentados terroristas y los actos legítimos de resistencia o liberación.

Así, pues, en aquellos países en los que la soberanía no reside en el pueblo los bienes jurídicos atacados por el terrorismo no presentan, ante todo, la triple vertiente aludida. Es decir, por mucho que tal fenómeno atente contra la vida, integridad y libertad de las personas, así como contra la paz pública de la sociedad que allí habita, no subvierte el proceso democrático de toma de decisiones políticas. De este modo, el menor contenido de injusto de dichas conductas debería tener su reflejo en la pena a imponer por su comisión, lo que comporta consecuencias en los siguientes escenarios: por un lado, si se tipificara el delito de terrorismo en la normativa penal internacional²⁰⁶ tendría que establecerse

volver a suceder” (de otra opinión, YOUNG, “Political Terrorism as a Weapon of the Politically Powerless”, p. 1.998).

²⁰⁴ De la misma opinión, DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, pp. 125-126, considera que cabe también hablar de terrorismo contra tiranías cerradas; y JORDÁN, *Los orígenes del terror*, p. 259.

²⁰⁵ Sobre las diferencias entre los tres modelos de gobierno citados véase LINZ, *Totalitarian and Authoritarian regimes*, *passim*. Sin embargo, en este trabajo se usaron en sentido amplio, es decir, como sistemas contrapuestos a aquéllos que son democrático-liberales.

²⁰⁶ Como pone de relieve MUCH, “The International Criminal Court (ICC) and Terrorism as an International Crime”, p. 126, en el Acta Final de la Conferencia de Roma para la creación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, los gobiernos reconocieron que “los actos terroristas son graves crímenes que preocupan a toda la comunidad internacional”. Por ello, se recomendó que una Conferencia de revisión, prevista para 2009, debería llegar a una definición del crimen de terrorismo e incluirlo entre la lista de crímenes respecto a los cuales la Corte tiene jurisdicción. En este sentido, BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, p. 35, considera que el terrorismo debería estar regulado a nivel

algún mecanismo que permitiera imponer menos pena en los supuestos en que tales crímenes se realizaran para cambiar la política de algún Gobierno dictatorial; por el otro, en caso de juzgarse en Estados democráticos –en virtud del principio de jurisdicción universal²⁰⁷- delitos de terrorismo cometidos en países que no lo son, también habría que imponerse una pena inferior. Así, por ejemplo, en España la solución podría ser la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6^a CP, atendiendo a ese desvalor más leve²⁰⁸. Por tanto, el terrorismo, a efectos de ser considerado un fenómeno objeto de una especial represión en el plano nacional e internacional, sólo es posible en el ámbito de una sociedad democráticamente organizada, en la que estén abiertas las vías para una actividad política no violenta en la más plena libertad²⁰⁹.

En segundo lugar, cabe indicar que en un Estado no democrático hay conductas que no puede reputarse terrorismo, puesto que, de lo contrario, se negaría el poder del pueblo para cambiar sistemas de gobierno que vulneran sistemáticamente sus derechos fundamentales²¹⁰. Por tanto, la lucha contra la opresión de un régimen dictatorial es

internacional como un crimen contra la humanidad punible en todo el mundo. Véase, también, PIGNATELLI Y MECA, “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra”, pp. 207 ss.

²⁰⁷ En España, cfr. el art. 23.4 LOPJ.

²⁰⁸ En la doctrina española hay opiniones distintas acerca del alcance que debe darse a la atenuante analógica del art. 21.6^a CP que se refiere a “*cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores*”. Algunos autores consideran que debe tratarse de circunstancias similares a las expresamente mencionadas en el art. 21 CP (cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 793; y OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica*, p. 94). Una segunda posición entiende que hay que tomar en consideración el fundamento, pero a partir de las concretas circunstancias atenuantes previstas en el art. 21 CP (así, VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 223; también, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica*, p. 94). Finalmente, un sector de la doctrina entiende que lo relevante es la razón de la atenuación y, por tanto, se puede aplicar la atenuante analógica, con independencia de si hay o no una circunstancia o fundamento concreto similar a los mencionados en el art. 21 CP, cuando concurre el fundamento que explica la atenuación de la responsabilidad; por ejemplo una disminución de injusto o de culpabilidad (de esta opinión, ZUGALDÍA ESPINAR, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 796). En general se considera que el fundamento de la atenuación radica en una disminución del injusto o de la culpabilidad, o bien en razones de política criminal o de justicia material (véase ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, pp. 38-39 y 55-57).

²⁰⁹ ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, p. 159. En el mismo sentido, SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining Terrorism”, p. 23.

²¹⁰ También ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 52, considera que hay que diferenciar entre terrorismo y violencia política de resistencia frente al terror estatal, esto es, entre “actos de terrorismo” y “derecho a la resistencia”.

legítima²¹¹, aunque en aquellos sistemas sea constitutiva de delitos gravísimos contra su seguridad interior y su modelo de gobierno, e, incluso, sean denominados terroristas. Ahora bien, el derecho a vivir en un Estado libre y democrático no confiere a ningún grupo la posibilidad de instrumentalizar a la población civil en orden a conseguirlo. Por tanto, en estos supuestos, hay que distinguir aquella actividad violenta dirigida contra los miembros del Gobierno, su ejército y sus fuerzas de opresión, de la actividad dirigida contra el pueblo²¹².

Por ejemplo, en la Alemania nazi o en el régimen del *Apartheid* sudafricano no eran terroristas los actos de la resistencia dirigidos contra los miembros de la *SS*²¹³ o del Partido Nacional²¹⁴, respectivamente. En cambio, sí lo hubieran sido los atentados contra la población civil de modo reiterado e indiscriminado para conseguir un cambio de régimen o el respeto de los derechos de los judíos o de las personas de color. Del mismo modo, en Cuba, no podría reputarse terrorista la actividad violenta dirigida contra los miembros del Gobierno de Fidel Castro, con la intención de conseguir la caída de dicho régimen (por mucho que tal país así los calificase). Por el contrario, sí lo sería la colocación de una bomba en un avión civil²¹⁵.

²¹¹ En este sentido, el Acta del Consejo de la UE, de 16 de julio de 2002 (9958/02 ADD 1REV1), Punto 42, Declaración 16, pone de relieve que la definición de terrorismo no puede utilizarse “como base para interpretar que los actos de quienes han actuado a favor de la preservación o restauración de los (...) valores democráticos” sean terroristas.

²¹² En este sentido, CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER, “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, p. 187, afirman que deben excluirse de la consideración de terroristas “los actos que no utilizan a ciudadanos como meros medios para la consecución” de fines políticos. Véase, también, PÉREZ GONZÁLEZ, “Terrorismo y conflictos armados”, pp. 94-95.

²¹³ Como es sabido, la *Schutzstaffel* (en español, “Escuadrón de Protección”) o *SS* fue una gran organización militar y de seguridad del Partido Nacionalsocialista Alemán de los Trabajadores (Partido Nazi) en Alemania.

²¹⁴ El Partido Nacional, en afrikáans *Nasionale Party*, fue el partido de gobierno en Sudáfrica desde el 4 de junio de 1948 hasta el 9 de mayo de 1994.

²¹⁵ En este sentido, tampoco puede atentarse contra civiles para contrarrestar una invasión extranjera y conseguir liberarse de ese régimen opresivo. Como pone de relieve WILKINSON, “Las leyes de la guerra y del terrorismo”, p. 137, la mayoría de los denominados movimientos de liberación nacional no satisfacen los requisitos establecidos en el protocolo I de la Convención de Ginebra. En efecto, el art. 51.2 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), aprobado el 8 de junio de 1977, establece que “los **actos o amenazas de violencia cuyo principal objetivo sea propagar el terror entre la población civil están prohibidos**” (negrita añadida). De este modo, ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, pp. 68 ss., concluye que, “de la interpretación de las disposiciones del Protocolo I, y de la evocación del mismo en el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 1979, (...) los actos y actividades terroristas están prohibidos por el Derecho

Ahora bien, las dos cuestiones más problemáticas que surgen de este planteamiento son las siguientes: por un lado, qué parámetros hay que usar para distinguir entre el pueblo y los miembros gubernamentales, policiales o militares de dicho régimen contra los cuales es lícito atacar. ¿Es posible atacar a cualquier policía, aunque su actividad se reduzca a realizar tareas relacionadas con el tráfico?; y, por el otro, cómo deben tratarse los “daños colaterales” de los actos de resistencia o de liberación. ¿Son terroristas los atentados violentos dirigidos contra el Estado totalitario en los que también resultan afectados civiles?

Pues, bien, por lo que respecta a la primera cuestión, también forman parte del pueblo aquellas personas que realicen tareas gubernamentales, policiales o militares no relacionadas con la actividad de opresión, esto es, que no intervienen en las hostilidades: por ejemplo, a nivel de gobierno, funcionarios del ministerio de educación, sanidad o medio ambiente (en caso de existir); en el ámbito policial, quienes ejecuten tareas de tráfico o persigan homicidios comunes; o, en el sector militar, los miembros del ejército destinados a controlar desastres naturales, tales como huracanes (evacuando a las personas que puedan ser dañadas por tales fenómenos, por ejemplo) o los cocineros militares.

En cambio, entre los sujetos contra los que es legítimo atacar deben incluirse a los dirigentes estatales, militares o policías que **ostenten roles –fácticos- consistentes en mantener vigente dicho régimen de opresión**: por ejemplo, el líder del partido de gobierno, su directiva, los miembros del ministerio de defensa o interior, los policías o militares destinados a descubrir a los opositores, los funcionarios de prisiones de tales delincuentes políticos –por el contrario, no habría que incluir a los funcionarios encargados de custodiar a presos meramente comunes, en caso de que existiese esta diferenciación-, etc.²¹⁶.

Respecto a la segunda cuestión, esto es, el trato que debe dispensarse a los “daños colaterales” de los actos de resistencia o de liberación, a mi juicio, lo esencial es el contenido del “programa de resistencia”, que cabe deducir del *modus operandi* habitual del grupo. Si éste se basa, ya con dolo directo, ya con dolo eventual, en la lesión sistemática e indiscriminada de

Humanitario respecto de todas las partes en conflicto, incluidos los movimientos de liberación nacional, no importando la legalidad o legitimidad del recurso a la violencia”.

²¹⁶ Sin embargo, ciertamente, no se puede descartar la existencia de zonas grises, esto es, de casos límite cuya ubicación en una u otra categoría no esté clara con base en los parámetros aportados. Así, pues, ante la duda, debe optarse por la solución más benigna, esto es, no incluir dicha actividad dentro del fenómeno terrorista.

la población civil²¹⁷, dicha actividad deberá ser considerada terrorista. En cambio, si la táctica es la de atacar únicamente contra los responsables de ese sistema represivo, la muerte o lesión ocasional de algún civil no debe ser relevante para transformar esa resistencia en terrorismo. Por el contrario, tales actos deberán ser calificados como delitos comunes.

En definitiva, en los Estados no democráticos donde existen movimientos de liberación legítimos hay que distinguir entre los miembros de los poderes gubernamentales (ejecutivo, policial, militar, etc.), que realicen actividades relacionadas con la opresión, y su población civil, por un lado; y, por el otro, entre el programa de resistencia y los “daños colaterales”.

b) La finalidad terrorista en un Estado democrático de Derecho

Por su parte, en un Estado democrático de Derecho es política la finalidad que persigue un cambio que sólo puede decidirse a través de los medios democráticos, esto es: bien mediante el voto libre de los ciudadanos en las urnas²¹⁸ que eligen entre las distintas candidaturas presentadas por partidos políticos también libre (y legalmente²¹⁹) constituidos; bien usando vías pacíficas como manifestaciones populares que no empleen la violencia (estructura territorial, configuración política, destino de los presupuestos públicos, política exterior, política religiosa, política criminal, política económica y, en general, cualquier decisión tomada democráticamente). En cambio, no persigue una finalidad política el mero atentado contra otros principios, derechos y libertades recogidos en la Constitución, aunque también sean esenciales en los sistemas democráticos (y, pese a que no puedan ejercitarse realmente).

Así, pues, por “método democrático que encauza la disputa política”, tan nombrado por la doctrina pero de contornos nada precisos, se entiende en este trabajo lo siguiente: el proceso de elaboración de las leyes y de ejecución de las políticas públicas como actividades correspondientes a los gobernantes que habiendo propuesto libremente sus candidaturas representan la voluntad popular manifestada sin trabas ni coacciones en

²¹⁷ Por ejemplo, poniendo bombas en lugares públicos transitados por civiles en los que, bien seguro, bien posiblemente, éstos se verán afectados.

²¹⁸ Como pone de relieve CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 50, el proceso de formación de voluntad tiene que ser libre.

²¹⁹ Véase la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

las jornadas electorales²²⁰. En democracia el poder estatal se ejerce únicamente mediante el poder del pueblo²²¹, en el que reside la soberanía (art. 1.2 CE), no a través de la violencia y la coacción²²².

De ese modo, cabe pensar en dos mecanismos violentos que pueden alterar este proceso de toma de decisión democrático: por un lado, y esto es lo más usual, los atentados dirigidos a cambiar las políticas de un Gobierno ya constituido; o, por el otro, los ataques cuya finalidad fuera boicotear su formación legítima. Así, por ejemplo, la colocación de bombas en los colegios electorales los días de elecciones, evitando el voto libre de los ciudadanos; la violencia dirigida a alterar el procedimiento de presentación de candidaturas de determinadas asociaciones políticas, como el homicidio de sus miembros; la alteración de la formación libre de

²²⁰ LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, *passim*, pp. 546 ss., entiende que la exclusividad del método democrático atacada por el terrorismo tiene unos contornos más amplios, puesto que incluye no sólo la “adopción de las decisiones colectivas” sino también la “**participación en el poder**” (en el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 83). De este modo, consideran que el orden constitucional “se ve tan lesionado cuando se quiere arrancar por la violencia la adopción de una medida legislativa o de una decisión política general que cuando, por idénticos medios, se intenta **violentar o sustituir a los órganos que tienen por misión garantizar el funcionamiento regular del sistema**, pues las exigencias del Estado de Derecho comprenden por igual ambos momentos o capítulos” (de este modo, concluyen que el terrorismo de Estado es una manifestación posible del fenómeno terrorista; véase *infra* 1^a.III sobre esta cuestión). Ahora bien, desde esta perspectiva, la realización arbitraria del propio derecho realizada mediante violencia también tendría que figurar entre los delitos de terrorismo, si se hiciese organizadamente. Del mismo modo, los casos de corrupción que recurrieran a la fuerza cabrían en el fenómeno terrorista al **violentar el funcionamiento regular del sistema** (por ejemplo, un grupo de funcionarios que les interesase la venta de unos territorios por motivos de recalificación urbanística, y coaccionaran a sus dueños mediante la violencia para que los vendieran serían banda armada terrorista). En definitiva, muchos delitos contra la Constitución podrían ser terroristas, especialmente los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, siempre que usasen medios violentos y tuvieran una estructura organizada (arts. 529 a 542 CP; en este sentido, el ejemplo propuesto guarda una estrecha relación con el art. 541 CP, que castiga a “*la autoridad o funcionario público que expropie a una persona de sus bienes fuera de los cauces permitidos y sin cumplir los requisitos legales*”). De hecho, citando a VIGNA, LAMARCA PÉREZ concluye (p. 550) que “el orden democrático supone el respeto de los métodos democráticos en todas sus manifestaciones políticas y cualquier violación de ese principio ‘constituye un atentado a la Constitución’”.

²²¹ MACCORMICK, *Legal right and social democracy*, p. 27.

²²² Como pone de relieve GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, p. 142, en un Estado democrático, “las decisiones públicas se adoptan a través de la dialéctica –del diálogo de argumentos y de intereses– de todos los participantes y, en consecuencia, desde la participación”.

la opinión pública²²³; o, por último, en un proceso de transición democrática, los atentados dirigidos a sabotearlo. Así, los ataques contra figuras representativas de una reconstrucción democrática son perfectamente subsumibles en el fenómeno terrorista, como, recientemente, el asesinato de Benazir Butho en Pakistán.

En definitiva, el terrorismo arremete contra el Estado democrático de Derecho en los siguientes términos: ataca al Estado de Derecho en cuanto representante del imperio de la ley, donde ésta es entendida como expresión de la voluntad general manifestada a través de un órgano de representación popular libremente constituido y elegido, característico del Estado democrático²²⁴.

De nuevo, puede objetarse a esta postura que no existe ninguna diferencia entre quienes no dejan ejercer a los ciudadanos sus derechos en la práctica y aquéllos que buscan un cambio que *de iure* impida las mismas facultades. Ahora bien, en el terrorismo se funden ambos elementos. Así, además de impedir de hecho la práctica de las libertades fundamentales, este fenómeno discute el monopolio de la creación de las leyes y la ejecución de las políticas públicas que corresponden a los parlamentos y gobiernos democráticos. Por tanto, la imposición de un nuevo orden alcanza relevancia tanto real como simbólica, lo que **cualitativamente** le infiere un plus de gravedad.

Ahora bien, desde una perspectiva **cuantitativa**, no todos los grupos terroristas representan el mismo grado de amenaza. Así, por ejemplo, los GRAPO no pueden equipararse a *Al Qaeda*. Del mismo modo, una organización puede debilitarse con el paso del tiempo, representando niveles de peligro diferente en distintas épocas. En este sentido, ETA no

²²³ Como indica CUERDA-ARNAU, “Observaciones en torno a las nuevas figuras de la apología”, p. 93, la existencia de una opinión pública y libremente formada es consustancial a la idea misma de democracia”. Por tanto, aquéllas organizaciones cuya finalidad fuera incidir sobre la libertad de expresión e información para conseguir cambios políticos deberían tener la consideración de terroristas. Así, por ejemplo, lo sería un grupo de empresarios cuya actividad fuera muy contaminante, el cual pusiera bombas contra los expertos que afirmasen que el cambio climático representa un problema de gran calado para que la sociedad desconociera ese dato y, así, no votase al partido de los verdes (que le perjudicaría). Por el contrario, no podría subsumirse dentro del fenómeno terrorista la actividad de una banda que matase a quienes se burlaran de la religión islámica, por mucho que, *de facto*, la libertad de expresión resultase igualmente afectada.

²²⁴ Cfr. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, pp. 44-45; GARRIDO FALLA, en GARRIDO FALLA et. al., *Comentarios a la Constitución*, p. 28; GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, pp. 120 ss., 181 y 210-211; y LUCAS VERDÚ, en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, pp. 105-106.

ha tenido la misma potencialidad lesiva en el primer lustro del siglo XXI que en la década de los '80, cuando asesinaba a decenas de personas cada año. Por tanto, en la determinación de la pena concreta, tanto de los delitos de resultado de lesión como de peligro (pertenencia y colaboración), ha de valorarse, aparte del hecho terrorista específico, las características estructurales de la organización, el momento de realización, el grado de coacción social que ejerce ese grupo, etc. Es decir, ha de tomarse como parámetro de medición de la pena final la capacidad lesiva de una banda armada en un momento determinado, tanto respecto a los bienes individuales, como en relación con la paz pública. Así, por ejemplo, en un marco situado entre los 20 y los 30 años (art. 572.1.1º CP) un homicidio de los GRAPO debería castigarse con una pena más cercana a la parte inferior, mientras que un atentado de ETA tendría que situarse en el marco superior.

Es más, de este modo, la actividad de aquellos grupos terroristas cuya potencialidad destructiva real fuera igual a la de otras asociaciones ilícitas de las que no pudiera predicarse tal naturaleza podría castigarse con una pena que, en su extremo máximo, coincidiera con la mínima del terrorismo. Por tanto, el desvalor de la delincuencia organizada violenta que alterase la paz pública sería susceptible de castigarse gradual y correlativamente.

3. Diferencias entre el terrorismo y los delitos de lesa humanidad

Como es sabido, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo los crímenes de lesa humanidad en el Código Penal español (art. 607 *bis*) castigando a quienes cometan determinadas infracciones graves²²⁵ como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. De este modo, el ordenamiento español tipificó unas figuras delictivas que ya existían en la normativa internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial²²⁶. Los crímenes de lesa humanidad se definieron por vez primera en el Estatuto de Londres que creó los Tribunales de Nuremberg; con posterioridad, en las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que establecieron los Estatutos de los

²²⁵ El Código Penal hace referencia a homicidios, asesinatos, agresiones sexuales, lesiones, coacciones, privaciones de libertad, torturas, explotación sexual y actos de esclavitud.

²²⁶ Véase GARCÍA SÁNCHEZ, "Los crímenes de lesa humanidad", p. 34; y GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, pp. 107 ss.

Tribunales *ad hoc* para los crímenes ocurridos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda²²⁷; y, finalmente, hoy en día se encuentran descritas en el Estatuto de Roma (art. 7), configurándose, pues, como unos delitos sobre los que la Corte Penal Internacional tiene competencia.

Así, de la evolución en la legislación internacional se desprende que en sus orígenes estos crímenes estaban muy vinculados a los abusos contra la población civil cometidos durante los tiempos de guerra. Sin embargo, posteriormente se independizaron de los contextos de conflicto armado²²⁸, alcanzando los ataques perpetrados en situaciones radicales de crisis socio-estatales por parte de los propios gobiernos o de aparatos organizados de poder para-estatales con potencial destructivo equivalente a aquél²²⁹. Por tanto, en la actualidad los delitos de lesa humanidad encuentran su razón de ser en el castigo de los abusos cometidos en países dictatoriales o sumidos en el caos, donde es frecuente la comisión de infracciones muy graves realizadas de modo reiterado y planificado contra amplios sectores de la población civil, bien por parte del propio Gobierno o de uno extranjero, bien por parte de un grupo sobre otro.

²²⁷ Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, respectivamente (cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 34; y GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, pp. 107 ss).

²²⁸ En este sentido, GIL GIL, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio”, pp. 69 ss., pone de relieve que los delitos de lesa humanidad tanto pueden cometerse en tiempos de paz como de guerra. Aunque la primera normativa que los reguló los vinculaba a la existencia de un conflicto armado (así, el art. 6 del Estatuto de Londres de 1950 que sirvió de base para los juicios de Nuremberg y el art. 5 del Estatuto del Tribunal *ad hoc* para los crímenes ocurridos en la antigua Yugoslavia), con posterioridad, el art. 3 del Estatuto del Tribunal *ad hoc* para los crímenes ocurridos en Ruanda permitía la calificación de delitos de *lesa humanidad* en tiempos de paz, del mismo modo que el Estatuto de Roma de 1998 y nuestro Código Penal en el artículo 607 *bis* (para más detalle cfr. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, pp. 107 ss.). Además, desde siempre, la doctrina unánime ha defendido la independencia de los crímenes contra la humanidad respecto de la situación de guerra (véase, también, DUFFY, *The “War on Terror”*, p. 83; GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 35, nota 5; y LIROLA DELGADO/MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional: justicia versus Impunidad*, pp. 120-121).

²²⁹ Cfr. LANDA GOROSTIZA “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad”, pp. 81 ss. De hecho, el Código Penal determina que en todo caso se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos o bien en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen (lo que se denomina crimen de apartheid, cfr. el art. 7.2.h) ER); o bien por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. Por tanto, tales conductas no son frecuentes en Estados democráticos y respetuosos con los derechos fundamentales.

Ahora bien, como pone de relieve la doctrina que ha tratado esta cuestión, la redacción típica de los delitos de lesa humanidad conlleva que esta figura se sobreponga con los delitos de terrorismo²³⁰. Por “ataque sistemático o generalizado” se entiende la comisión múltiple de actos de conformidad con un plan o una política determinada preconcebida²³¹, que tiene que realizarse contra la población civil. De este modo, si los actos terroristas se caracterizan por atentar contra los miembros de una sociedad de modo continuado e indiscriminado, siguiendo una estrategia de actuación planificada en orden a alcanzar determinados fines, las acciones terroristas contienen el carácter sistemático y generalizado de un ataque contra la población civil²³². Es más, a nivel doctrinal incluso se ha aludido a que el crimen de lesa humanidad despersonaliza a las concretas víctimas²³³, lo que es equiparable al elemento de instrumentalización de las personas característico del terrorismo (y de las otras modalidades de delincuencia organizada violenta). De hecho, un grupo de autores considera que los actos de terrorismo que contengan los elementos típicos de los crímenes de lesa humanidad pueden ser perseguidos por la

²³⁰ Aluden a este solapamiento GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 59 ss.; JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, p. 346; y LANDA GOROSTIZA, “El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad”, p. 80, para quienes uno de los problemas fundamentales que presenta la nueva regulación de los delitos de lesa humanidad en el Código Penal español es el de su delimitación con los delitos de terrorismo, dada su simetría. En el mismo sentido, el *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, p. 12, pone de relieve el “paralelismo existente entre los actos de terrorismo y otros delitos internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad”.

²³¹ GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 52-53 y 58. En el mismo sentido, DUFFY, *The ‘War on Terror’*, p. 80; GIL GIL, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio”, pp. 75 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad”, p. 1.132; JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, p. 344; y PIGNATELLI Y MECA, “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra”, pp. 210-212. Y, también el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha entendido que el ataque generalizado o sistemático viene conectado con un plan o política determinada (cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 53).

²³² GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 65. También LANDA GOROSTIZA, “El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad”, pp. 80-81, considera que “el asesinato terrorista repetido que busca la modificación de posiciones del grupo ideológico declarado enemigo podría quizás ser uno de esos supuestos en que se está pensando como modalidad de crimen de lesa humanidad por cuanto formaría parte al parecer de una ‘política’ de agresión contra el colectivo o en cualquier caso de promoción de aquella”; y REMIRO BROTONS, *El Caso Pinochet*, pp. 86-87, afirma que el terrorismo constituye un crimen de lesa humanidad cuando se comete como parte de una ataque amplio y sistemático contra la población civil.

²³³ Así, JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, p. 343, quien añade que, tal despersonalización, “en el caso del terrorismo, se traduce en que el objetivo es la generación de terror más allá de la víctima inmediata de la violencia”.

Corte Penal Internacional, pese a que en el Estatuto de Roma no se recojan expresamente los delitos de terrorismo como fundamentadores de su competencia²³⁴.

En consecuencia, pues, aunque la actividad delictiva descrita se produce, principalmente, en Estados dictatoriales, el delito de lesa humanidad es perfectamente imaginable en los sistemas democráticos²³⁵. Por un lado, los atentados del 11-S en Nueva York, del 11-M en Madrid y del 7-J en Londres también se han definido como delitos de lesa humanidad²³⁶. En este sentido, la doctrina considera que dado que los requisitos “generalizado” o “sistemático” que debe revestir el ataque típico del crimen de lesa humanidad “se refieren al contexto o línea de conducta del que tiene que formar parte dichos actos”, “la realización de un solo [hecho] típico, incluso de una sola víctima, constituye un crimen de *lesa humanidad*, si forma parte de un plan o línea de conducta de ataque generalizado o sistemático”²³⁷.

Por el otro lado, en Estados abiertos pueden existir –y, de hecho han existido– grupos²³⁸ que de modo sistemático o generalizado atentan

²³⁴ Así, GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 60-61; y MUCH, “The International Criminal Court (ICC) and Terrorism as an International Crime”, p. 126. De otra opinión, PIGNATELLI Y MECA, “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra”, *passim*, pp. 226 ss., aunque con matices (pp. 231 ss.).

²³⁵ De otra opinión, LANDA GOROSTIZA “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad”, pp. 81 ss., exige una situación de crisis socio-estatal para poder hablar de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, como indica GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 47, estos requisitos no los exige el art. 607 *bis* CP ni el art. 7 ER.

²³⁶ Por ejemplo, GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 48. Es más, a su juicio, tanto tales atentados, como las conductas cometidas en Argentina durante la dictadura en aquel país, como la actividad de ETA, pueden subsumirse en los delitos de terrorismo y en los de lesa humanidad.

²³⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 52-53 y 58. También DUFFY, *The “War on Terror”*, p. 80; GIL GIL, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio”, pp. 75 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad”, p. 1.132; y JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, p. 344.

²³⁸ GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 36 y 49 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad”, p. 1.131; y JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, p. 343, consideran que estos delitos pueden cometerse no sólo como parte de una política de Estado sino también de una organización (terrorista). En cambio, GIL GIL, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio”, pp. 73 ss.; LA MISMA, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, p. 123, limita los sujetos activos de los delitos de lesa humanidad, puesto que, a su juicio, sólo puede cometerse con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto* (a juicio de GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 51, nota 41, la interpretación adoptada por GIL GIL se debe a que quiere excluir las organizaciones terroristas de los posibles sujetos activos de los delitos de lesa humanidad). Sin embargo,

contra la vida, la integridad y la libertad de las personas, especialmente por razón de sus creencias, raza, religión, etnia, orientación sexual, etc., implantando el terror entre aquellas comunidades. Es posible que el caso más significativo sea el del *Ku Klux Klan* (KKK). De este modo, en primer lugar, hay que delimitar los delitos de terrorismo de los crímenes de lesa humanidad y establecer la relación concursal entre ambas modalidades típicas; y, en segundo lugar, se tiene que establecer si las formas de criminalidad organizada aludidas que no pueden caracterizarse como terroristas, al no atentar contra los cauces democráticos de toma de decisiones políticas, podrían realizar infracciones constitutivas de lesa humanidad.

Sentado lo anterior y respecto a la primera cuestión, en la única condena por crímenes de lesa humanidad que, hasta el momento, existe en España, la Audiencia Nacional se ha decantado expresamente por la aplicación de esta figura, en detrimento del terrorismo. Según la Sentencia de 19 de abril de 2005 (ponente de Prada Solaesa), “caso Scilingo”, los hechos cometidos durante la dictadura argentina por sus gobernantes no sólo constituyen delitos de terrorismo, sino que van mas allá y también contienen “otros elementos que sólo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad”. De este modo, concluye que la relación entre ambos tipos es de concurso de normas, no de delitos, y que el terrorismo queda “subsumido dentro del delito de lesa humanidad”²³⁹. Por su parte, los autores que se han ocupado de esta cuestión, han aportado sus propios criterios para diferenciar estos preceptos²⁴⁰. Así, GARCÍA SÁNCHEZ²⁴¹ llega a la conclusión contraria a la mantenida por la Audiencia. A su juicio, “lo que da especificidad a los actos terroristas o delitos terroristas es una determinada finalidad -política- en el autor”, de

el art. 7.2 a) ER establece que por ataque contra una población civil debe entenderse “*una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*” (negrita añadida). Por tanto, la interpretación de GIL GIL no resulta obligada atendiendo al tenor literal del precepto.

²³⁹ En contra de esta solución, GIL GIL, “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, p.4, nota 7. Esta resolución ha sido casada en parte por la STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Menéndez de Luarda). Sin embargo, respecto a los delitos de terrorismo, la Sala Segunda establece expresamente que en este caso no es de aplicación el art.260 CP’73, vigente en el momento de la comisión de los hechos (véase el fundamento jurídico undécimo).

²⁴⁰ En esta línea, para LANDA GOROSTIZA, “El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad”, p. 81, del designio de los terroristas a poner “en el punto de mira a un determinado colectivo, a su posibilidad real de poder llegar a provocar un ataque típicamente ‘sistemático o generalizado’ media todavía un abismo”, que traza la diferencia **cuantitativa** esencial entre estos delitos.

²⁴¹ GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 64 ss.

modo que “la relación entre el delito de terrorismo y de *lesa humanidad* es de concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad”.

En mi opinión, esta solución es la correcta, puesto que los elementos típicos de los crímenes de lesa humanidad están presentes en los delitos de terrorismo y el injusto de aquéllos queda totalmente abarcado por las infracciones en materia terrorista. En los delitos de lesa humanidad la comisión de las figuras comunes no sólo afecta a la víctima concreta sino que también trasciende al daño específico. Debido a que cualquier miembro de la población civil puede ser atacado en todo momento, cada acto contribuye a la creación de un estado de miedo colectivo. Por tanto, la instrumentalización de primer nivel es idéntica en ambas figuras delictivas. De aquí, que la agravación de los delitos de lesa humanidad, respecto a las infracciones comunes, esté legitimada: aquéllos poseen mayor contenido de injusto, precisamente, por la creación del estado de temor que comportan²⁴². Ahora bien, los delitos de lesa humanidad no generan, a diferencia del terrorismo, una instrumentalización de segundo nivel, es decir, no interactúan con ningún Gobierno. Por tanto, en los Estados democráticos, los bienes jurídicos protegidos por los delitos de lesa humanidad²⁴³ también están tutelados en los delitos de terrorismo, pero estos últimos protegen, además, el sistema de toma de decisiones políticas libre de coacciones²⁴⁴. De aquí, que la pena tenga que ser algo mayor –como sucede en el Código Penal español-²⁴⁵.

²⁴² Sobre esta cuestión, a juicio de GIL GIL, “Informes Nacionales”, p. 347, estos delitos merecen mayor pena que los comunes por el contexto en el que se realizan. En el mismo sentido, GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 48, quien añade la configuración colectiva del bien jurídico como motivo de la agravación.

²⁴³ Respecto al bien jurídico protegido, GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, *passim*, pp. 41 ss., pone de relieve que existen dos posturas opuestas: por un lado, hay una posición que dota al bien jurídico protegido en estos delitos de un carácter colectivo (así, LANDA GOROSTIZA, “El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad”, pp. 84 ss.), la cual acoge la citada autora. A su juicio, se protege a la población civil o a una parte de ella (p. 47); por el otro, algunos autores defienden una concepción exclusivamente individual (por ejemplo, GIL GIL, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio”, pp. 75-76).

²⁴⁴ En este punto, ya existe una primera diferencia entre la postura acogida en este trabajo y la mantenida por GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 64 ss. A juicio de esta autora, ambas figuras delictivas protegen los mismos bienes jurídicos, puesto que atentan contra bienes colectivos a través de la lesión de bienes individuales.

²⁴⁵ Por el contrario, GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 67-68, no comprende por qué se les asigna mayor penalidad a los homicidios terroristas, que a las muertes producidas en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad. En su opinión, puesto que ambas “figuras protegen similares bienes jurídicos y atentan contra intereses de la Comunidad Internacional deberían de establecerse un paralelismo de penas a imponer”.

Ciertamente, cuando se cometen delitos de lesa humanidad en Estados no democráticos, la “**cantidad**” de víctimas y de actos atroces conlleva que tales crímenes parezcan más graves que las infracciones en materia de terrorismo. Es decir, a nivel cuantitativo quienes ejecutan delitos de lesa humanidad suelen cobrarse más vidas que grupos terroristas – especialmente si estos son de ámbito local-. Sin embargo, **cualitativamente**, cada acto de terrorismo concreto contra los Estados democráticos posee mayor contenido de injusto²⁴⁶.

En este sentido, WALDMANN²⁴⁷ pone de relieve que el terror desde arriba cobra muchas más vidas que el terrorismo rebelde, y cita como ejemplos el nazismo, la política de Stalin y las dictaduras chilena y argentina. Así, por ejemplo, en este último caso, según una investigación llevada a cabo en 1984 en Argentina por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), el número de individuos en paradero desconocido ascendía a **8.961**. No obstante, oficialmente existen hoy en día **13.000** registros en la Secretaría de Derechos Humanos argentina. Es más, grupos defensores de los derechos humanos estiman que hubo **30.000** desaparecidos²⁴⁸. En contraposición, ETA ha asesinado a **816** personas desde 1968 hasta la actualidad²⁴⁹.

Sin embargo, las consecuencias a las que llega GARCÍA SÁNCHEZ a la hora de delimitar estas infracciones con base en el principio de especialidad son diferentes a las defendidas en este trabajo, lo que se debe al distinto contenido asignado a los fines políticos propios del terrorismo. A su juicio, “los actos ocurridos en Chile y Argentina quedarían mejor subsumidos en la figura del terrorismo, pues los autores actuaban con una finalidad política clara, como era la de subvertir el orden constitucional de aquellos países y alterar la paz pública. En cambio, los actos cometidos en Nueva York y en Washington en 2001, en Madrid en el 2004, y en Londres en 2005, podrían reconducirse a las figuras de los delitos de *lesa humanidad*, pues, aunque efectivamente los autores tenían fines políticos,

²⁴⁶ Por el contrario, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 37, considera que el terror desde arriba es “cualitativamente más grave que el ejercido desde abajo y merece un reproche penal mayor”.

²⁴⁷ WALDMANN, “El terrorismo: concepto, estrategia y alcance”, pp. 188-189.

²⁴⁸ Cfr. la noticia aparecida en el periódico *Clarín* de 6 de octubre de 2003 (www.clarin.com), titulada “Una duda histórica: no se sabe cuántos son los desaparecidos”.

²⁴⁹ Véase en la página web de la Fundación de Víctimas del Terrorismo el siguiente enlace:

http://www2.fundacionvt.org/index.php?option=com_dbquery&Itemid=82&task=ExecuteQuery&qid=1&previousTask= (última fecha de visita el 13 de octubre de 2008).

su intención inmediata era atentar contra un sector de la población (la occidental, aunque hubiera también víctimas de otras culturas y razas) a través de ataques generalizados y sistemáticos y no subvertir, de manera inmediata, algún orden constitucional”²⁵⁰.

En cambio, mi postura es, precisamente, la contraria. En las dictaduras chilena y argentina, los actos delictivos cometidos por sus gobernantes no se dirigían a coaccionar a ningún Estado, sino que pretendían mantener el existente, eliminando, como es común en países totalitarios, a sus opositores²⁵¹. Por su parte, los atentados perpetrados en Nueva York, Madrid y Londres se ejecutaron por un banda armada, *Al Qaeda*, que, entre otros objetivos, persigue un nuevo orden mundial regido por la Ley Islámica (Shaira), en detrimento de los sistemas legítimamente constituidos en los países democráticos²⁵². En este sentido, pues, no es necesario que cada acto realizado por un grupo terrorista se dirija directamente a cambiar la política de los gobiernos²⁵³, sino que es la organización que los ejecuta la que ha de perseguirlos en términos generales (aunque los atentados del 11-M y del 7-J también tenían como objetivo un cambio en la política exterior de España y el Reino Unido, esto es, la retirada de las tropas militares de Irak²⁵⁴).

En segundo lugar, respecto a los atentados cometidos por organizaciones criminales que, pese a alterar la paz pública, no pueden considerarse terroristas, los delitos de lesa humanidad constituyen una figura idónea para castigar el mayor contenido de injusto de sus acciones en relación con los delitos comunes. Así, los grupos mafiosos, las bandas juveniles, las asociaciones xenófobas y las organizaciones para-policiales²⁵⁵ aludidos podrían subsumirse en el ámbito de los delitos de lesa humanidad si sus ataques contra la población se realizasen de modo repetido como parte de una política planificada de actuación delictiva. Por tanto, el ejemplo de aquel grupo que atentase reiterada y sistemáticamente contra personas de una raza concreta, con la intención de expulsarlos de un determinado

²⁵⁰ GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 67.

²⁵¹ Véase *infra* 1^a.III sobre el terrorismo de Estado.

²⁵² Cfr. la SAN de 27 de febrero de 2008 (ponente Guevara Marcos).

²⁵³ Véase *infra* 1^a.V.

²⁵⁴ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, p. 1.905; y CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 74, respecto a los atentados del 11 de marzo en Madrid.

²⁵⁵ En cambio, a juicio de CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 166-167, tales grupos merecen el calificativo de terroristas.

territorio, y creara una situación de pánico colectivo sería subsumible en los delitos de lesa humanidad²⁵⁶.

Así, por ejemplo, si las muertes ejecutadas por asociaciones de *Skinheads* formasen parte de un ataque sistemático contra determinados sectores de la población por motivos racistas o xenófobos, serían subsumibles en los delitos de lesa humanidad, pero no constituirían terrorismo. En estos supuestos, habría que afirmar que tales organizaciones no respetan los derechos fundamentales, son susceptibles de aterrorizar a la ciudadanía y persiguen la instauración de un orden social distinto al existente, dominado por la “raza aria”. Ahora bien, no pretenderían interactuar con ningún Gobierno²⁵⁷ (y, si así fuera, nos situaríamos en la órbita del terrorismo).

En el mismo sentido, por tanto, los grupos mafiosos o las bandas parapoliciales pueden cometer crímenes de lesa humanidad en caso de ejecutar delitos muy graves de modo reiterado y planificado en arden a la obtención de mayor poder, normalmente económico. Por el contrario, de no llegar a reunir tales requisitos, la actividad de tales organizaciones sería constitutiva de delitos comunes agravados, bien por los motivos racistas o discriminatorios que impulsaron la conducta (art. 22.4^a CP), bien por el móvil económico que la motivó (art. 22.3^a CP).

III. EL TERRORISMO DE ESTADO

A grandes rasgos, la denominación “terrorismo de Estado” es usada para hacer referencia a la acción de los gobiernos cuando recurren al uso de la fuerza y la violencia contra la población. De hecho, la palabra “terrorismo” tiene su origen en el período de terror jacobino liderado por Robespierre durante la Revolución Francesa²⁵⁸. Por tanto, en sus

²⁵⁶ De otra opinión, GIL GIL, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio”, pp. 73 ss., quien considera que estos delitos no son aplicables cuando el ataque provenga de cualquier grupo de tipo mafioso o de ideología extremista.

²⁵⁷ Es más, estos supuestos constituyen, en todo caso, delitos de lesa humanidad, puesto que la comisión de tales hechos lesivos se realiza por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos raciales, étnicos, religiosos, etc. (art. 607 *bis* 1.1^o CP).

²⁵⁸ Cfr. GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 4; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 70; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 52; JIMÉNEZ GARCÍA, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo”, p. 318; y LAQUEUR, *Una historia del terrorismo*, p. 36. Según indica este último autor, “el significado de la voz terrorismo

orígenes, tal concepto describía una conducta realizada por los dirigentes de un país, a saber, el gobierno mediante el terror²⁵⁹.

En la actualidad, sin embargo, no existe acuerdo sobre si un Estado puede ser sujeto activo de este fenómeno. Así, mientras un sector de la doctrina considera que el terrorismo también se puede ejercer desde el Gobierno²⁶⁰, otros autores opinan que éste sólo existe como reacción delictiva de lucha contra aquél²⁶¹. Ahora bien, dada la amplitud con que se

quedó consignado en el suplemento de 1798 del Diccionario de la Academia Francesa como *systeme, régime de la terreur*. Según un diccionario francés publicado en 1796, los jacobinos habían utilizado ocasionalmente el término al hablar y al escribir sobre sí mismo y en un sentido positivo”.

²⁵⁹ Cfr. GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 7, con ulteriores referencias.

²⁶⁰ En este sentido, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 85; BACIGALUPO ZAPATER, “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de los Derechos humanos”, p. 206, quien pone de relieve que las vulneraciones masivas de derechos humanos son consideradas una forma de terrorismo de Estado, puesto que lo contrario conllevaría que “los delitos cometidos con prevalimiento del poder estatal tendrían un tratamiento privilegiado de difícil justificación con relación al terrorismo”; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 31; CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 163 ss.; CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 50, autor que también lo denomina “terrorismo de poder”; CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER, “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, p. 187; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios Penales*, p. 112; LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, pp. 541-542, cuando afirma que el Estado puede ser exponente del fenómeno terrorista, en los supuestos que monta grupos armados para combatir al terrorismo subversivo. Además, también acepta que “cabe convenir que son terroristas aquellos Estados que aplican una violencia extrema e indiscriminada contra sus ciudadanos o contra ciudadano de otros países, (...), que vulneran sistemáticamente los derechos humanos”; LA MISMA, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II; FALK, *The Great Terror War*, pp. xviii-xiv; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 862, autor que alude a la existencia del “terrorismo desde el Estado”; OTTENHOF, “¿Terrorismo o terrorismos? Diálogo sobre un singular plural”, p. 949; y PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, p. 505.

²⁶¹ A juicio de GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 75, el sector doctrinal que defiende que no se puede considerar terrorismo al ejercido desde el Estado es el mayoritario (por el contrario, en mi opinión es el minoritario). En este sentido, DE PRADA SOLAESA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, p. 74, cree que “el único motivo de incriminación admisible para la delincuencia terrorista, debe ser la preservación de la exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación en el poder”, por lo que se debe excluir toda posibilidad de considerar terrorismo al que se ejerce desde el Estado; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, pp. 34 ss., distingue entre terrorismo y “política de terror” o “terrorismo de Estado”. Así, mientras que el primer fenómeno es una “estrategia de grupos débiles para intentar alcanzar el poder destruyendo el orden establecido”; el segundo consiste en una “actuación estatal que despreciando los más elementales derechos humanos busca perpetuar el orden establecido sometiendo a la

usa dicho concepto, hay que distinguir tres supuestos que se ordenan bajo tal nomenclatura para estar en condiciones de resolver esta cuestión²⁶²: en primer lugar, normalmente en dictaduras, las situaciones de terror que crean los dirigentes políticos entre su población²⁶³, a fin de preservar su situación de hegemonía; en segundo lugar, los actos violentos de los Estados, por regla democráticos, dirigidos a luchar contra el terrorismo insurgente que les afecta, fuera de los cauces legales; y, por último, los atentados ejecutados por un Gobierno contra los dirigentes o la población de otro Estado, o con su colaboración, tendentes a conseguir un resultado político en aquél²⁶⁴.

De este modo, la respuesta al interrogante planteado es **depende**. Puesto que el concepto de terrorismo acogido en este trabajo describe un fenómeno delictivo que se caracteriza por ir dirigido, en último término, a coaccionar a los gobiernos, sólo existe terrorismo de Estado cuando dicha actividad la realiza, precisamente, un Estado. Es decir, cuando la organización terrorista está constituida por un Gobierno determinado²⁶⁵.

1. Delitos de genocidio y lesa humanidad

Así, en primer lugar, cuando los dirigentes de un país, normalmente totalitario, realizan delitos muy graves contra su población civil de manera reiterada y sistemática y provocan un estado de terror colectivo, su conducta es subsumible en los delitos de genocidio y de lesa

población mediante el miedo”; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 31; y WALDMANN, “El terrorismo: concepto, estrategia y alcance”, p. 188.

²⁶² En sentido similar, GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, pp. 75-76, pone de relieve que es necesario diferenciar tres grupos de casos cuando un Estado usa el terror. A su juicio, en primer lugar, existen extralimitaciones “de los poderes públicos en la lucha contra el terrorismo”; en segundo lugar, hay “Estados totalitarios donde la aniquilación del enemigo está más o menos formalizada en su legislación”; y, por último, se dan casos de “violencia ejercidas por grupos *paramilitares* o por los propios cuerpos de seguridad, pero al margen de la ley, aunque con una absoluta o parcial impunidad”.

²⁶³ Lo que GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 34, denomina “política de terror”.

²⁶⁴ SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining Terrorism”, pp. 18-19, también distingue dentro del terrorismo de estado entre los Estados totalitarios que usan la violencia contra su población y los Estados que colaboran con grupos terroristas que atentan contra otros gobiernos.

²⁶⁵ En este sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 35, considera que no se debe confundir los excesos del poder con las estrategias para condicionar el poder, aunque exista la analogía del miedo.

humanidad²⁶⁶: la Alemania de los nazis o la “limpieza étnica” realizada en Ruanda en 1994 son claros ejemplos de genocidios. Por su parte, los crímenes ejecutados por los gobernantes de las dictaduras chilena y argentina son constitutivos de crímenes de lesa humanidad²⁶⁷. No obstante, tales acontecimientos no deben calificarse como terroristas, desde un punto de vista jurídico, aunque también usen sus métodos²⁶⁸. En definitiva, pues, dominación mediante el terror y terrorismo constituyen fenómenos distintos, aunque ambos sean muy graves.

De hecho, los delitos de lesa humanidad ejecutados por los dirigentes de un Gobierno (no democrático) tienen un plus de injusto que los realizados por grupos no estatales, debido al prevalimiento de su poder. Así, en la práctica, no hay razones que impidan que su pena sea equiparable a la prevista para los actos terroristas por razones cuantitativas. Ahora bien, desde una perspectiva cualitativa ambos fenómenos son distintos.

2. El atentado al Estado democrático de Derecho

En segundo lugar, la historia muestra que, en muchas ocasiones, los sistemas democráticos han recurrido a grupos armados con la finalidad de combatir el terrorismo insurgente que les ha amenazado²⁶⁹. En España, un ejemplo cercano de esta modalidad delictiva lo constituyen los Grupos

²⁶⁶ Según la jurisprudencia, “la diferencia esencial entre los crímenes contra la Humanidad, y el delito de genocidio es la limitación de los grupos perseguidos y especialmente la exigencia de la intención o propósito de destruir al grupo parcial o totalmente que es elemento del segundo de ellos” (STS de 1 de octubre de 2007, ponente Colmenero Menéndez de Luarca).

²⁶⁷ Véase la argumentación que ofrece la STS de 1 de octubre de 2007 respecto a la imposibilidad de castigar por genocidio las conductas sucedidas durante la dictadura argentina. Según indica, tales hechos sólo son constitutivos de delitos de lesa humanidad.

²⁶⁸ En el mismo sentido, ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, p. 57, pone de relieve que existe consenso en considerar que el concepto normativo de terrorismo internacional no engloba las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos; y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, pp. 34 ss. En contra, LAMARCA PÉREZ, “La competencia por terrorismo en los Casos de Argentina y Chile”, pp. 87-88, considera que los actos cometidos en Argentina y Chile durante las dictaduras respectivas pueden constituir delitos de terrorismo, pues por éstos debe entenderse la realización de delitos comunes con la finalidad de subvertir el orden constitucional (y no exclusivamente el orden constitucional español), suponiendo la utilización de la violencia al margen de las reglas del Estado; y REINARES, *Terrorismo Global*, pp. 19-20.

²⁶⁹ Esto es, de organizaciones financiadas y armadas por el Estado (PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, p. 504).

de Antiterroristas de Liberación²⁷⁰. Como es sabido, los GAL estaban formados por mercenarios y por altos miembros del Gobierno y la policía española²⁷¹, que intentaron vencer al terrorismo de ETA fuera de los cauces constitucionales y legales para ello²⁷².

Así, pues, dentro de nuestras fronteras, ésta es la vertiente de “terrorismo de Estado” que más rechazo ha suscitado²⁷³. Ahora bien, tales supuestos no pueden incluirse en el concepto de terrorismo elaborado en este trabajo, puesto que los grupos mencionados no buscan a ningún Gobierno como interlocutor, es decir, no son exponentes del terrorismo como fenómeno dirigido a cambiar la política de un Estado determinado.

Ciertamente, tal afirmación no significa que el terrorismo subversivo sea más grave que el mal-llamado “terrorismo de Estado”. En realidad, ambas formas de delincuencia son de igual envergadura en un Estado democrático de Derecho²⁷⁴ o, si se quiere, de la misma importancia para nuestro orden político-constitucional²⁷⁵. Por tanto, la gravedad de la

²⁷⁰ Otro ejemplo conocido es el del grupo patrocinado por el Estado israelí, que tuvo como fin asesinar a “terroristas” palestinos después del atentado ejecutado por la organización “Septiembre Negro” durante los juegos olímpicos de Munich en 1972.

²⁷¹ Cfr. la SAN de 20 de septiembre de 2001 (ponente Lobejón Martínez).

²⁷² Según la jurisprudencia (cfr. la STS de 20 de julio de 2001, ponente Giménez García), su nacimiento histórico se sitúa “en el momento de dejar abandonado en territorio francés a Segundo M. el 14 de diciembre de 1983, después de su secuestro con un comunicado firmado por el GAL”, puesto que esa fue la primera vez que se usó dicho nombre y tales siglas. A partir de esa fecha, sus actividades se prolongaron durante un periodo de tres años y sus acciones se caracterizaron por el empleo de la violencia contra personas con presunta vinculación con ETA Militar. Como resultado, se realizaron más de veinte actos violentos con equivalente cifra de muertos (cfr. la SAN de 20 de septiembre de 2001).

²⁷³ Por el contrario, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 97, considera que los GAL nada tienen que ver con la cuestión relativa al terrorismo de Estado. A su juicio, “en este caso, no ha dado el sistema político en su conjunto el que ha atentado contra la dignidad del pueblo, sino determinados miembros del mismo –por muy elevado que sea su cargo–, los que se han servido de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su servicio para desarrollar la función pública, para la realización de actividades ilícitas”.

²⁷⁴ Como indica CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 31, tanto atenta al Estado democrático de Derecho una como otra forma de terrorismo.

²⁷⁵ En este sentido, LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, p. 549, considera que el “orden constitucional se lesiona de igual modo por quien utiliza el asesinato para lograr su transformación o derogación como por quien recurre al mismo asesinato para lograr su preservación”. Por tanto, a su juicio, aunque ETA pretende “suplantar al legislador que crea normas generales”, mientras que los GAL intentan suplantar a los operadores jurídicos encargados de aplicar esas normas generales a situaciones particulares”, el orden constitucional se ve igualmente afectado. También CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER, “Un derecho penal contra el pluralismo y la

respuesta penal debería ser igual de contundente²⁷⁶. Sin embargo, aunque la diferencia no sea de grado, es decir, cuantitativa, sí lo es desde una perspectiva cualitativa²⁷⁷: se trata de fenómenos distintos, en el sentido que vulneran manifestaciones diferentes de un Estado democrático de Derecho y, por tanto, su estructura es distinta. Así, mientras que la lucha contra la delincuencia con mecanismos (violentos)²⁷⁸ no previstos en el ordenamiento jurídico ataca –simbólicamente– el principio de legalidad²⁷⁹, y no respeta las garantías procesales de los sospechosos, así como alguno de sus derechos fundamentales²⁸⁰; la coacción a la población y al Gobierno mediante la violencia atenta –también de un modo simbólico– contra la vertiente de soberanía popular de nuestro modelo de gobierno. En otras palabras, mientras que el “terrorismo subversivo” ataca los mecanismos de toma de decisión establecidos en un Estado democrático, el “terrorismo de Estado” no respeta los mecanismos de ejecución legítimos del *Ius puniendi*, o sea, se toma la justicia por la propia mano (lo primero sustituye al poder constituyente y legislativo, lo segundo, al poder judicial).

libertad”, p. 186, opinan que aquel elemento que fundamenta el desvalor jurídico del terrorismo es el uso sistemático de la violencia como forma de lucha política fuera de los cauces democráticos, lo que se produce “tanto en los casos en los que se pretende la modificación del sistema político como en aquellos otros en que se busca su preservación”. Y, en el mismo sentido, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 48, afirma que “en la subversión del orden constitucional debe englobarse la finalidad de sustituir el sistema político, además del propósito de imponer unos objetivos o unas ideas políticas de forma no democrática y violenta, aunque con ello se pretenda defender del propio sistema democrático y de la CE”.

²⁷⁶ En mi opinión, la razón de equiparar ambas formas de delincuencia es que, de *lege lata*, los delitos de terrorismo tienen un tratamiento legal, sustantivo y procesal, más gravoso (véase *infra* 2^a.II), y connotaciones emotivas de mayor calado. De este modo, de no incluirse el “terrorismo de Estado” en esta regulación, sus consecuencias jurídicas serían más benignas lo que, en algunos casos, podría no estar justificado. Sin embargo, una legislación concreta no debe enturbiar la naturaleza jurídica de los fenómenos delictivos.

²⁷⁷ El “terrorismo de Estado”, desde los GAL, hasta supuestos en los que desde dentro del Gobierno se quiera “cambiar la piedra angular de la estructura del Estado” o “la neutralidad de la administración pública” (cfr. CANCIO MELLÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 166, para quien estos casos constituyen supuestos de terrorismo de Estado), tiene que ver con los delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos contra la Constitución, que incluso podrían llegar a constituir delitos de traición (arts. 581 ss. CP).

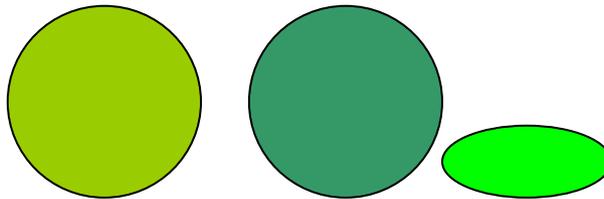
²⁷⁸ Como indica IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 7, “cuando las democracias luchan contra el terrorismo están defendiendo la máxima de que su vida política debería estar libre de violencia”. Sin embargo, a diferencia de lo que opina este autor, derrotar el terror no requiere violencia.

²⁷⁹ Como es sabido, en un Estado democrático de Derecho sólo es posible dar respuesta a la delincuencia mediante leyes escritas elaboradas *a priori*, las cuales tienen que respetar determinados derechos y garantías fundamentales.

²⁸⁰ En concreto, el art. 15 CE establece que queda abolida la pena de muerte.

Del mismo modo, existen formas de corrupción que pueden merecer la misma pena que las actividades terroristas. Por ejemplo, grupos que amenacen a policías, fiscales y jueces para que no realicen sus tareas. Ahora bien, de nuevo, aunque cuantitativamente deban ser castigadas del mismo modo, la estructura de tales fenómenos, así como las manifestaciones de un sistema democrático de Derecho que resultan atacadas, son distintas en un sentido cualitativo.

TERRORISMO DE ESTADO



El primer círculo representa la configuración del Estado luchando con las medidas propias de un Derecho Penal liberal. La segunda figura muestra como, aparentemente, el Estado tiene la misma estructura y el mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Gobierno ha creado un sub-sistema al margen de aquél que se rige por sus propias normas (representado en el círculo pequeño). Por tanto, la estructura del terrorismo de Estado se asemeja más al fenómeno mafioso. Sin embargo, a diferencia de éste, el sub-sistema normativo del terrorismo de Estado es patrocinado por los propios dirigentes de un país, lo que le confiere un plus de gravedad.

De este modo, las acciones de “terrorismo de Estado” deben subsumirse, de *lege lata*, dentro de los delitos de lesa humanidad siempre que concurren los elementos de ataque sistemático o generalizado contra la población, apreciándose, además, la agravante de prevalimiento del carácter público del sujeto activo²⁸¹; y, de no darse tales requisitos, en los delitos comunes correspondientes aplicándose, también, dicha agravante. Sin embargo, de *lege ferenda*, sería aconsejable una fórmula que permitiera equiparar las penas previstas en los supuestos de verdadero terrorismo, ya que el contenido de injusto aunque es cualitativamente distinto, coincide desde una perspectiva cuantitativa.

²⁸¹ Sobre esta agravante, véase VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público, passim*.

3. El verdadero terrorismo de Estado

Por último, lo establecido en los apartados anteriores no significa que sea imposible hablar de terrorismo de Estado en algunos supuestos. En tiempos recientes se ha descrito un nuevo²⁸² fenómeno denominado “terrorismo patrocinado por el Estado”²⁸³, el cual consiste en que un Gobierno presta algún tipo de asistencia material y logística a grupos armados ya existentes²⁸⁴, “por razones de coincidencia ideológica o [de] mera oportunidad geopolítica”²⁸⁵. Se trata, en definitiva, de “Estados *sponsor*”²⁸⁶, los cuales ponen a disposición de diferentes bandas armadas dinero, refugio y campos de entrenamiento²⁸⁷, de modo que facilitan y colaboran con su desarrollo.

Como pone de relieve REINARES²⁸⁸, las autoridades de Sudán, Irán, Irak y Afganistán “contribuyeron activamente a que se forjara” *Al Qaeda*²⁸⁹. Además, Afganistán apoyó a la organización dirigida por Bin Laden durante el régimen de los talibanes²⁹⁰. Por su parte, el Gobierno libio aceptó su responsabilidad por el atentado que, en 1988, costó la vida a 270 personas, cuando un avión de pasajeros explotó en el aire cayendo sus restos sobre la población escocesa de Lockerbie.

Del mismo modo, es imaginable que el Gobierno de un Estado, más allá de colaborar con una organización terrorista, constituya el propio grupo armado, al coaccionar directamente a los dirigentes de otros países

²⁸² DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 31; y GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 14.

²⁸³ En sentido similar, GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, pp. 15 y 110, distingue entre tal terrorismo patrocinado por un Estado y el terrorismo de Estado.

²⁸⁴ REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 182.

²⁸⁵ REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 188.

²⁸⁶ Véase GUILLAUME, “Terrorisme et droit international”, pp. 297 ss.; y SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Defining Terrorism”, pp. 18-19, quienes utilizan el término “*state-sponsored terrorism*” para referirse a aquellos Estados que se implican en actos y actividades de terrorismo internacional. Por ejemplo, ya antes de los atentados del 11-S, el Departamento de Estado de los EEUU había designado como “Estados *sponsor*” de terrorismo internacional a Afganistán, Cuba, Irak, Libia, Corea del Norte y Sudán.

²⁸⁷ GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 109.

²⁸⁸ REINARES, *Terrorismo Global*, p. 36.

²⁸⁹ No obstante, este mismo autor (REINARES, *Terrorismo Global*, pp. 49 y 77-78) pone de relieve que actualmente *Al Qaeda* ya no depende de patrocinio estatal alguno por lo que puede hablarse de un terrorismo internacional privatizado.

²⁹⁰ Como indica PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, p. 180, el régimen talibán concedía refugio y luchadores a los terroristas.

mediante la violencia dirigida contra su población. De hecho, un ejemplo real podría constituirlo Hamás en Palestina, cuando obtuvo la victoria en las elecciones legislativas de 2006. Así, pues, en este segundo supuesto se trataría de la existencia de verdaderos “Estados terroristas”²⁹¹.

4. Estado de la cuestión en los tribunales

Establecido lo anterior, sólo debería hablarse de terrorismo de Estado en los supuestos de “terrorismo patrocinado por un Estado” o de “Estados terroristas”, fenómenos muy distintos a los que tradicionalmente se han nombrado con este término. Ahora bien, por el contrario, los tribunales españoles han aceptado cualquier forma de “terrorismo desde arriba”²⁹². Por un lado, los supuestos que constituyen delitos de genocidio y de lesa humanidad también son calificados como terroristas. Por el otro, los GAL han sido considerados grupos de tal naturaleza.

A) Delitos de genocidio y de lesa humanidad constitutivos también de terrorismo

De manera rotunda, el AAN de 5 de noviembre de 1998 (ponente Cezón González), que declara la competencia de los tribunales españoles para juzgar a Augusto Pinochet, establece lo siguiente: “hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto del procedimiento la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada [terrorista], **con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen (...)**. La **asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas** tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero no confundible con ella. De otra parte, concurren las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y teleológica (**entendida como de rechazo del orden jurídico, del mismo orden jurídico vigente en el país a la sazón**), propias de la banda armada”²⁹³.

²⁹¹ Denominación utilizada por LECHADO, *La globalización del miedo*, p. 32.

²⁹² ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, pp. 249-250, utiliza la nomenclatura “terrorismo desde arriba” para referirse al terrorismo de Estado, en contraposición al “terrorismo desde abajo” o subversivo.

²⁹³ Negrita añadida. Y, citando a Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, concluye: “una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro

También el Auto de procesamiento de Pinochet Ugarte, de 10 de diciembre de 1998, advierte que el terrorismo “se utiliza como un método de represión político-ideológico y se desarrolla desde las estructuras del Estado o desde el mismo Estado a través de sus representantes”²⁹⁴.

B) *Los GAL*

Respecto a la caracterización de los GAL existen pronunciamientos diversos y contradictorios²⁹⁵ que pueden resumirse del siguiente modo: mientras que unas sentencias consideran que dichos grupos constituyen bandas armadas terroristas, otros les niegan tal naturaleza, bien por faltar el elemento estructural, bien por no concurrir el finalístico. Ahora bien, algunas de las resoluciones que declaran que sí son terroristas no reconocen este carácter a los concretos actos, ya sea porque establecen que las conductas enjuiciadas se cometieron antes de que los GAL tuvieran dicha naturaleza, ya sea porque no se prueba la pertenencia de los autores materiales de los hechos a tales grupos²⁹⁶.

tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del **terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado** abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos”, el cual puede importar al Derecho internacional penal “en la dimensión de los llamados **Crímenes contra la Humanidad o los genocidios**”. Éste “es, sin duda, **el aspecto más vil del terrorismo**, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo”.

²⁹⁴ Cfr. REMIRO BROTONS, “Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial”, pp. 109-110. Las siguientes SSTs constituyen otros ejemplos: de 25 de febrero de 2003 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca), “caso Guatemala”; de 20 de mayo de 2003 (Conde-Pumpido Tourón), “caso Perú”; de 8 de marzo de 2004 (ponente Puerta Luis), “caso del general chileno Don Cornelio”; de 15 de noviembre de 2004 (ponente Granados Pérez), “caso Scilingo”; y de 20 de junio de 2006 (ponente Bacigalupo Zapater), “caso *Falun Gong*” (véase más información sobre estos casos en LLOBET ANGLÍ, “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, pp. 1 ss., especialmente de los casos “Guatemala” y “*Falun Gong*”; y, sobre el “caso Scilingo”, cfr. CAPELLÀ I ROIG, “Los crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*”, pp. 1 ss.; GALÁN MARTÍN, “El *Caso Scilingo*: breve crónica judicial”; GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 68 ss.; y GIL GIL, “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, pp. 1 ss.).

²⁹⁵ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 97.

²⁹⁶ Sobre distintas resoluciones relacionadas con los GAL, cfr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, pp. 98 ss.; LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, pp. 535 ss.; y PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, pp. 501 ss.

La STS de 27 de mayo de 1988 (ponente Móner Muñoz), la cual ratifica la SAN de 9 de diciembre de 1985²⁹⁷, considera que los GAL son bandas armadas terroristas, puesto que presentan los caracteres estructural (permanencia, estabilidad y uso de armas) y subjetivo (tienen la finalidad de quebrantar la seguridad ciudadana), que configuran a dichas asociaciones ilícitas²⁹⁸.

En cambio, la posterior SAN de 20 de septiembre de 1991 (ponente Lobejón Martínez), “caso Amedo y Domínguez”²⁹⁹, establece que los GAL no fueron banda armada terrorista, puesto que no tuvieron como objetivo subvertir el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho, sino más bien defender la estabilidad del sistema aunque por métodos jurídicamente repudiables. Por su parte, la STS de 12 de marzo de 1992 (ponente de Vega Ruiz), que resuelve el recurso de casación interpuesto contra dicho pronunciamiento, llega a la misma conclusión, aunque se basa en la falta de elemento estructural³⁰⁰.

En tercer lugar, la STS de 18 de marzo de 1991 (ponente Barbero Santos) opina que no puede condenarse a dos sujetos como miembros de organización terrorista puesto que no quedó acreditado su pertenencia a los GAL³⁰¹.

Por último, la STS de 29 de julio de 1998 (ponente Delgado García), “caso Marey”³⁰², establece que, en el momento del secuestro de Segundo M. no existía banda armada terrorista formada por el conjunto de personas que participaron en tal delito. A su juicio, faltaban en aquel entonces los requisitos necesarios, tanto

²⁹⁷ En el mismo sentido, véanse las SSAN de 4 de junio de 1999 (ponente Arteaga Cerrada), y de 26 de abril de 2001 (ponente Fernández Prado); y las SSTS de 30 de abril de 2000 (ponente Martínez Arrieta), y de 20 de julio de 2001 (ponente Giménez García).

²⁹⁸ Además, condena a un sujeto que pertenecía a los GAL como miembro de banda armada terrorista. Está de acuerdo con esta postura PORTILLA CONTRERAS, *Terrorismo de Estado*, p. 505. A su juicio, si el terrorismo exige la existencia de una banda armada, organización o grupo, estable, armado y jerarquizado y la finalidad de alterar la seguridad ciudadana, efectivamente puede afirmarse la existencia de terrorismo de Estado respecto a los GAL.

²⁹⁹ Son críticos con esta resolución CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 48; GONZÁLEZ CUSACC, “Paradojas del caso Amedo”, pp. 43 ss.; y PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, pp. 507 ss.

³⁰⁰ A su juicio, los GAL no tenían suficiente estructuración jerarquizada, reparto de funciones, ni número de miembros, esto es, configuraban una simple “asociación que sin mayor esquema organizativo”.

³⁰¹ Es crítico con esta Sentencia PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, pp. 506-507.

³⁰² Véase el comentario de GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, pp. 135 ss.

estructurales como teleológicos, para conformar este concepto: la estabilidad del grupo, el carácter armado y la perturbación de la convivencia ciudadana, porque esa había sido la primera vez que se usaron las siglas GAL³⁰³.

Ahora bien, pese a las contradicciones existentes en las sentencias mencionadas, puede extraerse la siguiente conclusión: según los tribunales, los GAL fueron banda armada terrorista. Dichos grupos, pese a que no pretendieron alterar el orden establecido, tuvieron la finalidad de perturbar la paz pública al querer **afirmar nuestra democracia luchando contra ETA** fuera de los cauces legales³⁰⁴. Sin embargo, en los supuestos en los que se juzgó a autoridades y funcionarios del Estado por la comisión de delitos en este contexto, los órganos judiciales diluyeron la relación Gobierno y terrorismo, especialmente en los casos “Amedo y Domínguez”³⁰⁵ y “Segundo Marey”³⁰⁶.

³⁰³ A juicio de la Sentencia: “1. No consta que nos encontremos ante una agrupación de personas de carácter estable. Recordemos que fue la primera vez que se hizo uso de las siglas GAL; 2. Es claro que no aparece en todo el secuestro el armamento necesario para la definición del concepto de banda armada; 3. No puede decirse que el hecho aislado del secuestro llegara a perturbar la convivencia ciudadana por producir la alarma o miedo propios del terrorismo”.

³⁰⁴ SAN de 26 de abril de 2001 (ponente Fernández Prado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

³⁰⁵ Como establece PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, p. 516 en este caso “las cabezas visibles eran dos funcionarios del Estado –Amedo y Domínguez–”. Por tanto, según LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, pp. 540-541, se pretendía impedir la inculpación “terrorista” del Estado.

³⁰⁶ Algunos de los acusados de este caso ocupaban los siguientes cargos: Barrionuevo (Ministro del Interior); Vera (Director de la Seguridad del Estado, máximo responsable, bajo la autoridad del Ministro, de todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y Jefe del Mando Único para la lucha contra el Terrorismo); Sancristobal (Gobernador Civil de Vizcaya y, posteriormente, Director de la Seguridad del Estado en 1984); García Damborenéa (Secretario General del Partido Socialista de Euskadi en Vizcaya, y miembro del Comité Ejecutivo Federal del PSOE); y Francisco A. S. (Comisario del Cuerpo Nacional de Policía, y, desde febrero de 1984, Jefe del Gabinete de Información y Operaciones Especiales, cargo del Ministerio del Interior dependiente del Director de Seguridad del Estado); entre otros (cfr. PORTILLA CONTRERAS, “Terrorismo de Estado”, p. 519, nota 39). También FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 99, pone de relieve que en los casos en los que se enjuició “a personas con responsabilidades políticas, los delitos por los que resultaron condenadas estas últimas nunca fueron los de terrorismo”.

5. El atentado contra organizaciones internacionales

Otra de las consecuencias del concepto de terrorismo acogido en este trabajo es que los actos dirigidos contra organizaciones no gubernamentales, con la intención de cambiar alguna de sus “políticas”, no pueden considerarse parte del fenómeno terrorista. Así, por ejemplo, ataques a la “Cruz Roja” o a “Médicos sin fronteras” no constituyen atentados de esta naturaleza, puesto que tales ONGs son entidades privadas, independientes de los Estado. Así, han de tener el mismo tratamiento que cualquier negocio dirigido por particulares –en este sentido, los atentados contra empresas petroleras privadas tampoco constituyen actos terroristas-. Ahora bien, de convertirse los ataques a tales organizaciones o negocios en generalizados o sistemáticos, dichas conductas serían constitutivas de delitos de lesa humanidad.

Ahora bien, cuestión distinta es el trato que debe darse a los actos dirigidos contra organizaciones gubernamentales o supranacionales como la ONU o la UE. ¿Es posible hablar de terrorismo si la coacción se dirige contra una organización internacional de estas características? ¿Cuál es su legitimidad democrática? Ciertamente, tal legitimidad es cuestionada³⁰⁷, puesto que no han sido constituidas mediante un acto de voluntad de todos los ciudadanos³⁰⁸. No obstante, respecto a la UE³⁰⁹, los órganos ejecutivos de la Comunidad Europea derivan su legitimación de la de los gobiernos de los Estados miembros³¹⁰, los cuales sí han sido elegidos democráticamente. Por tanto, los atentados que se dirijan a alterar sus políticas forman parte del fenómeno terrorista.

En cambio, por lo que respecta a la ONU, alguno de los países que la conforma no son democráticos –posiblemente, el caso más significativo sea el de China-. Además, como es sabido, varios Estados miembros tienen derecho de veto (entre ellos el gigante asiático), por lo que una minoría –incluso no democrática- puede imponer su voluntad sobre la mayoría. En consecuencia, pues, los atentados dirigidos contra las

³⁰⁷ Respecto a la legitimidad de las organizaciones internacionales en general, véase la obra colectiva *The Legitimacy of International Organizations*, *passim*.

³⁰⁸ Cfr. HABERMAS, *La inclusión del otro*, p. 137.

³⁰⁹ Sobre el déficit democrático de la Unión Europea, véanse BARNES, “La legitimación democrática de la Unión Europea”, pp. 353 ss. (recensión a la obra de KLUTH, *Die demokratische Legitimation der Europäischen Union*), quien pone de relieve que “la legitimidad democrática de la Unión Europea constituye, sin duda, una de las grandes cuestiones de debate en el Derecho público europeo”; y SCHARPF, *Gobernar en Europa ¿eficaz y democráticamente?*, pp. 36 ss.

³¹⁰ ESPINOSA, *Los nacionalismos contra Europa*.

decisiones de dicha organización no caben dentro del fenómeno terrorista, sino que, a los sumo, pueden ser constitutivos de delitos de lesa humanidad³¹¹. Así, por ejemplo, no sería terrorista un ataque contra la sede de Naciones Unidas como represalia a la aprobación de un plan de invasión a un Estado que patrocine el terrorismo.

IV. EL TERRORISMO Y LA GUERRA

Uno de los problemas actuales de mayor trascendencia versa sobre los límites entre el terrorismo y la guerra. En primer lugar, existe confusión entre estos dos conceptos, especialmente en el contexto de violencia que se está viviendo hoy en día en Irak y Afganistán. Como es sabido, los gobernantes de distintos países y los medios de comunicación han utilizado y utilizan la palabra terrorismo para describir todos los atentados sucedidos desde la invasión occidental, tanto contra la población civil y los representantes de los nuevos gobiernos, como contra los miembros de las fuerzas armadas de las partes enfrentadas. Además, no está claro si los conflictos iraquí y afgano todavía constituyen estados de guerra, pese a que formalmente se decretó el fin de las hostilidades tiempo atrás (en Afganistán, el 13 de noviembre de 2001, y, en Irak, el 1 de mayo de 2003)³¹².

³¹¹ No obstante, la Decisión Marco –europea- (2002/475/JAI) sobre la lucha contra el terrorismo de 13 de junio de 2002 establece en su art. 1 un catálogo de delitos de terrorismo “*que por su naturaleza o contexto puedan lesionar gravemente a un país o a una **organización internacional***” (negrita añadida; sobre tal Decisión véanse ACALE SÁNCHEZ, “Previsiones sancionadoras en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002”, pp. 217 ss.; GARCÍA RIVAS, “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista”, *passim*; y MORAL DE LA ROSA, “La Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo”, *passim*). Así, por ejemplo, el Código Penal italiano ha introducido esta normativa en su art. 270 *sexies* a través de la Ley de 31 de julio de 2005, n° 155, de *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale* (sobre esta cuestión, véase VALSECCHI, “La definizione di terrorismo dopo l’introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.”, pp. 1.103 ss.; y VIGANÒ, “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho Penal: la experiencia italiana”, pp. 334 ss.).

³¹² Sea como fuere, la normativa internacional del *Ius in Bello* es la encargada de establecer qué situaciones pueden considerarse estados de guerra y cuáles no. Así, la determinación de si los conflictos iraquí y afgano todavía constituyen guerras excede de las pretensiones de este trabajo (sobre esta cuestión, véase DUFFY, *The “War on Terror”*, pp. 255 ss). Aquí, sólo se quiere analizar qué consecuencias se derivan en materia de terrorismo según se vivan tiempos de paz o de guerra (lo que previamente debe ser resuelto por otra rama del Derecho).

En segundo lugar, desde el 11 de septiembre de 2001³¹³ la comunidad internacional, liderada por los EEUU, califica la actividad tendente a neutralizar el terrorismo global dirigido por *Al Qaeda* con el *slogan* “*war on terrorism*”. Por tanto, hay que distinguir entre los concretos conflictos en Afganistán e Irak y la denominada “guerra contra el terrorismo”³¹⁴.

Como es sabido, la noche del 20 de septiembre de 2001, cuando el Presidente de los EEUU se dirigió al Congreso, quedó muy clara cual era la percepción de su Gobierno respecto a los atentados del 11-S y la táctica a seguir. Bush describió tales ataques como “actos ilegales de guerra” y estableció la responsabilidad de *Al Qaeda*. Sin embargo, enfatizó que dicho grupo era el vínculo de muchas otras organizaciones de diferentes países, formando una “red radical de terroristas”. Así, el Presidente concluyó que, aunque la “guerra contra el terrorismo” empezaba con *Al Qaeda*, no concluiría hasta que cada “grupo terrorista de alcance global hubiera sido hallado, detenido y vencido”³¹⁵.

Por último, la invasión de Afganistán por parte de los EEUU se fundamentó en unos hechos que, de entrada, eran constitutivos de delito, a saber, los atentados contra el *World Trade Center* y el Pentágono, pero que, a su vez, también fueron calificados como actos de guerra³¹⁶.

³¹³ Cfr. PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, pp. 175-176, para quien después del 11 de septiembre de 2001, “no llevar a cabo una relación entre Derecho Penal y guerra es difícil”.

³¹⁴ En este sentido, ACKERMAN, “The Emergency Constitution”, p. 1.032, pone de relieve que las guerras contra Irak y Afganistán fueron guerras. En cambio, la lucha contra Osama bin Laden y *Al Qaeda* no lo es. Es de la misma opinión DUFFY, *The “War on Terror”*, p. 271.

³¹⁵ Cfr. CHESNEY, “Careful Thinking About Counterterrorism Policy”, *passim*, p. 170. No obstante, hay que poner de relieve que, como el mismo autor indica, p. 172, la expresión “guerra contra el terrorismo” está tan íntimamente asociada a la Administración Bush que muchos han olvidado que también ha sido utilizada por los presidentes de ambos partidos durante los últimos veinte años, para invocar su compromiso en la lucha contra el terrorismo. Además, según DUBBER, “Guerra y paz”, p. 685, “el Derecho penal estadounidense se ha visto inmerso en la llamada ‘guerra contra el crimen’ [*war on crime*] desde finales de los años sesenta”. Por tanto, la introducción de la palabra guerra en la lucha contra la criminalidad es habitual en los EEUU (cfr. ACKERMAN, “This is not a war”, p. 1.871), especialmente en la guerra contra las drogas (“*war on drugs*”).

³¹⁶ En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización”, pp. 110-111, quien se pregunta: “¿se reaccionó con una guerra a un crimen?; o bien ¿fue el propio crimen un acto de guerra?”. Sobre esta cuestión, véase DUFFY, *The “War on Terror”*, pp. 186 ss.

Así, pues, las relaciones entre terrorismo y guerra hay que analizarlas desde una triple perspectiva. Primero, las prácticas terroristas también son adoptadas por las fuerzas armadas y por grupos organizados de resistencia de los Estados en guerra³¹⁷. Sin embargo, como fenómenos, no se debe confundir guerra o guerrilla³¹⁸ con terrorismo, aunque en el contexto de un conflicto armado también puedan existir organizaciones, delitos y actos terroristas. Segundo, hay que determinar si la amenaza del terrorismo internacional actual es una manifestación más de delincuencia o si, por el contrario, representa una nueva forma de guerra. Piénsese que las consecuencias de lo uno y de lo otro conllevan la aplicación de dos modelos jurídicos opuestos: de ser un tipo de delincuencia, la lucha contra el terrorismo tiene que llevarse a cabo dentro de los mecanismos legales instaurados por los Estados de Derecho para prevenir y castigar cualquier clase de delito en tiempos de paz; en cambio, de ser una modalidad de guerra, deben aplicarse las disposiciones relativas al *Ius in Bello*. Finalmente, hay que decidir si es posible reaccionar a un crimen con una guerra, esto es, en que casos un delito (terrorista) puede verse también como un ataque armado proveniente del exterior que legitime el recurso a la guerra³¹⁹.

³¹⁷ Tanto en los supuestos de guerras convencionales como en las guerras de guerrillas (cfr. GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, pp. 123, 139-140, y 147; PIO MOA, *Reflexiones sobre el terrorismo*, p. 18; REINARES, *Terrorismo Global*, pp. 18-19; y WILKINSON, “Las leyes de la guerra y del terrorismo”, p. 136).

³¹⁸ AVILÉS, “Democratización y terrorismo en Irak”, afirma que “la guerrilla representa una forma no convencional de guerra en la que unidades irregulares atacan por sorpresa objetivos militares y se retiran antes de tener que enfrentarse a fuerzas enemigas superiores. Representa por tanto una estrategia asimétrica capaz de compensar un importante desequilibrio de fuerzas”. Así, etimológicamente guerrilla significa “pequeña guerra” (cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 43). Por tanto, téngase en cuenta que, en este ámbito, con el término “guerrilla” no se alude a organizaciones criminales que, sobre todo en Latinoamérica, también se denominan con esta expresión: por ejemplo, en Colombia, a las FARC – grupo que, en mi opinión, presenta todas las características para poder calificarse como terrorista-.

³¹⁹ Hay que poner de relieve que existe un cuarto ámbito en el que Derecho Penal y guerra se encuentran entremezclados, a saber, en los casos en los que los dirigentes de un Estado pueden tener responsabilidad penal en virtud del crimen de agresión al intervenir en una “guerra de agresión” (sobre esta cuestión, véase el trabajo de AMBOS, “Derecho penal y guerra”, pp. 171 ss.).

1. Delimitación de la delincuencia terrorista en tiempos de paz y en tiempos de guerra

La consecuencia más importante de los tiempos de guerra, a efectos de este trabajo, es que la normativa internacional que los regula³²⁰ distingue entre la población civil y los miembros de las fuerzas armadas combatientes³²¹. De este modo, aunque, en el ámbito de un conflicto armado, los combatientes suelen usar métodos terroristas, tanto en los actos de guerra propiamente como en algunas acciones dirigidas contra la población civil, tales conductas no pueden constituir delitos de terrorismo.

En primer lugar, según el Derecho Internacional no es legítimo el uso de cualquier medio o método de guerra contra los combatientes del bando enemigo, puesto que están prohibidos aquéllos que causen daños innecesarios³²². Así, la infracción de esta normativa da lugar a crímenes de

³²⁰ Véanse los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 y sus Protocolos adicionales.

³²¹ El art. 43.2 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, Protocolo I), de 8 de junio de 1977, establece que los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades (respecto a las fuerzas armadas considera, en su apartado 1, que se componen “de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa”). Por el otro lado, según el art. 50.1 del mismo cuerpo legal, es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas mencionadas en el art. 43 del Protocolo I o en el art. 4. A. 1), 2), 3), y 6) del Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III; esto es, miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto; miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado; miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la potencia detenedora; y miembros de la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra). Sobre esta cuestión, véase DUFFY, *The “War on Terror”*, pp. 228 ss.; y PÉREZ GONZÁLEZ, “Terrorismo y conflictos armados”, pp. 90 ss.

³²² En términos generales, el art. 35.1 del Protocolo I establece que “en todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”. De este modo, “queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios” (apartado 2).

guerra³²³. Sin embargo, el uso legítimo de armamento y explosivos, dirigido a atentar contra los miembros de las fuerzas armadas de la otra parte en la contienda, es un acto que en un estado de guerra no infringe ninguna prohibición, ni penal-estatal ni internacional³²⁴. Ciertamente, el mensaje de esas muertes y lesiones es susceptible de instaurar el miedo en el otro bando, e, incluso, puede ser entendido en clave política, a saber, cada “acto terrorista” le dice al Gobierno enemigo que mientras no tome la decisión de dejar las armas continuará habiendo bajas en sus filas. Ahora bien, el hecho de que tal “amenaza” se produzca en un estado de guerra entre combatientes no deja lugar al terrorismo como fenómeno³²⁵. En definitiva, los actos de guerra no constituyen delitos de terrorismo, sino que son conductas, o bien legítimas, o bien constitutivas de crímenes de guerra³²⁶.

En segundo lugar, es frecuente que, en un estado de guerra, las fuerzas armadas atenten contra la población civil con métodos terroristas, instaurando el miedo entre sus miembros³²⁷. Es más, por un lado, los combatientes instrumentalizan, en ocasiones, la vida de civiles con finalidad política. El caso paradigmático lo constituye el secuestro de ciudadanos de una nacionalidad determinada para conseguir una reacción

³²³ El art. 8.2 b) xx) del Estatuto de Roma (ER) define como crimen de guerra el uso de “*armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados (...)*”.

³²⁴ En este sentido, RONA, “Legal Issues in the ‘War on Terrorism’”, pp. 722-723, pone de relieve que un combatiente no puede ser hecho responsable criminalmente por actos de guerra que respeten las leyes, pero puede ser perseguido por crímenes de guerra si ataca a civiles o usa métodos prohibidos.

³²⁵ En este sentido, TIEFENBRUN, “A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism”, p. 381, pone de relieve que un ataque contra combatientes durante un conflicto armado con la intención de inspirar, a ellos o a la población, miedo o terror no debería llamarse terrorismo. “Eso es guerra, pura y simple”, afirma.

³²⁶ En este sentido, GIL GIL, “Informes nacionales”, p. 350, considera que los crímenes de guerra son cometidos por los combatientes, en calidad de tales y como parte de las operaciones bélicas.

³²⁷ Aunque, como indica GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 42, “atemorizar a la población mediante la crueldad no es básico en la estrategia bélica”, el mismo autor también admite que “los ataques indiscriminados sobre la población civil se han convertido en algo natural en las guerras modernas”. De hecho, DUFFY, *The ‘War on Terror’*, p. 25, pone de relieve que el Derecho Internacional establece una definición de terrorismo en el marco de una guerra, puesto que prohíbe los actos de violencia cuyo propósito sea sembrar el terror entre la población civil. En este sentido, TIEFENBRUN, “A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism”, p. 384, propone que un acto de terrorismo cometido durante un conflicto armado podría configurarse como un tipo específico de crimen de guerra.

de su Gobierno³²⁸. No obstante, tales acciones violentas son subsumibles en los crímenes de guerra³²⁹. Por otro lado, también es común que las fuerzas armadas realicen matanzas indiscriminadas y sistemáticas contra la población, bien con dolo directo de primer o segundo grado, bien con dolo eventual³³⁰. En estos supuestos, los crímenes de guerra³³¹, el genocidio³³² y los delitos de lesa humanidad suelen ir de la mano³³³. Sin embargo, tampoco es posible calificar estas conductas como delitos de

³²⁸ En este sentido, si el actual conflicto afgano se calificase de guerra y las fuerzas talibanes se consideraran combatientes, el secuestro de veintitrés misioneros surcoreanos llevada a cabo por la milicia talibán en julio de 2007, con la finalidad de intercambiar a los rehenes por presos afganos, constituiría un ejemplo real de este supuesto. En tal caso, la milicia llegó, finalmente, a un acuerdo con Corea del Sur, según el cual el país asiático se comprometía a retirar a todas sus tropas de Afganistán antes del final de 2008, y se empezaron a liberar a los secuestrados (cfr. *El País* de 29 de agosto de 2007).

³²⁹ El art. 8.2 a) viii) ER considera crimen de guerra la toma de rehenes de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra. Sobre esta cuestión, véase ABAD CASTELOS, “La toma de rehenes como crimen internacional”, pp. 137 ss.

³³⁰ El caso paradigmático de dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias en un estado de guerra, es aquél en el que, aunque el objetivo principal es el enemigo combatiente, el ataque se perpetra de tal modo que, bien seguro, bien posiblemente, afectará a civiles. Así, un ejemplo de dolo de consecuencias necesarias podría constituirlo el atentado suicida perpetrado en el sur de Afganistán el 10 de julio de 2007, en el que diecisiete civiles murieron en un ataque dirigido contra un convoy militar que se encontraba en un mercado (cfr. *El País* de 10 de julio de 2007). Sobre esta cuestión, véase VALSECCHI, “La definizione di terrorismo dopo l’introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.”, pp. 1.117-1.118.

³³¹ A los efectos del Estatuto de Roma tienen la consideración de crímenes de guerra los ataques contra la población civil que no participen directamente en las hostilidades de una situación de conflicto armado (véanse el art. 8.2 b) i), en caso de conflictos internacionales, y el art. 8.2 c) i), en caso de conflictos nacionales).

³³² Piénsese en el genocidio cometido durante la Guerra de los Balcanes entre 1992 y 1995. Como pone de relieve GIL GIL, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio”, p. 94, el delito de genocidio protege la existencia de determinados grupos humanos, que constituye el ámbito en el que se desarrolla el individuo en “la facetas sociales y culturales de su existencia” (en el mismo sentido, GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 46, nota 31), lo que tanto puede suceder en tiempos de paz como de guerra.

³³³ Respecto a las relaciones concursales entre estas figuras véase GIL GIL, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio”, p. 104. A su juicio, la relación entre el genocidio y los crímenes de lesa humanidad o de guerra es de concurso ideal de delitos. En cambio, entre estos dos últimos es de concurso de leyes (más ampliamente, GIL GIL, *Derecho penal internacional*, pp. 305 ss.). En concreto, respecto a la relación entre el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, GIL GIL, “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, p. 3, texto y nota 3, pone de relieve que la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha establecido que no es de concurso de leyes sino de delitos (así, por ejemplo, la STPIY de 19 de abril de 2004 en el caso Krstic [Svrenika]), y ésta también ha sido la solución acogida por la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 30 de abril de 1999 (cfr. GIL GIL, “Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio”, pp. 771 ss.).

terrorismo, aunque en tales contextos también se utilicen métodos terroristas³³⁴ (ya que mediante el asesinato y la destrucción se sume a la población o parte de ella en un estado de terror).

En cambio, los atentados realizados por no combatientes contra la población civil, que tengan como finalidad interferir en las decisiones de uno o varios gobiernos mediante esa violencia, constituyen delitos de terrorismo aunque se lleven a cabo en tiempos de guerra³³⁵. Del mismo modo, en el seno de un conflicto armado también tienen cabida los delitos de genocidio o de lesa humanidad realizados por grupos no combatientes sobre otros, normalmente por motivos étnicos, raciales o religiosos.

Por último, el supuesto más complicado de resolver lo constituye aquí en el que sujetos que han de calificarse como no combatientes, en virtud del Derecho Internacional, atentan contra las fuerzas armadas en un conflicto, esto es, civiles que atacan a combatientes. ¿Cómo han de calificarse tales hechos: son crímenes de guerra, delitos de terrorismo o actos legítimos perpetrados contra el enemigo? Pues bien, en mi opinión, hay que distinguir dos modalidades: si los no combatientes respetan las normas de la guerra sus actos deben reputarse legítimos. En cambio, si utilizan medios o métodos no aceptados por las reglas del *Ius in Bello* tales hechos han de calificarse como crímenes de guerra. Sin embargo, no constituyen actos terroristas, puesto que éstos **se caracterizan por atentar contra objetivos no combatientes**³³⁶.

³³⁴ En este sentido, TIEFENBRUN, “A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism”, pp. 358 ss., afirma que el terrorismo como método también se usa para perpetrar crímenes contra la humanidad.

³³⁵ En este sentido, en virtud de la Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1999 y que entró en vigor en abril de 2002, se considera terrorista: cualquier acto “*destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza ó contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*” (negrita añadida; para más información sobre este Convenio, véase GARCÍA RIVAS, “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista”, aptdo. II).

³³⁶ En el mismo sentido, AVILÉS, “Democratización y terrorismo en Irak”, considera que el terrorismo se caracteriza por atacar “objetivos no combatientes” (y, cita como ejemplos los atentados contra “representaciones diplomáticas, como la embajada de Jordania; organizaciones internacionales, como la ONU o la Cruz Roja; dignatarios chüies, como Mohamed al Hakim; o agentes del nuevo Estado iraquí, desde miembros del gobierno provisional, como Akila al Hachimi, hasta jueces y policías” y los ataques contra oleoductos). Sobre esta cuestión, véase, también, VALSECCHI, “Il problema della definizione di terrorismo”, p. 1.157; EL MISMO, “La definizione di terrorismo dopo

En definitiva, para diferenciar entre delitos de terrorismo, delitos de genocidio y lesa humanidad, crímenes de guerra y actos legítimos en el seno de un conflicto armado, hay que estar a dos pares de variables, esto es, si los autores son combatientes o civiles y, a su vez, si las víctimas son combatientes o civiles. De este modo, existen cuatro posibilidades:

COMBATIENTES VS. COMBATIENTES	<ul style="list-style-type: none"> - ACTOS LEGÍTIMOS O - CRÍMENES DE GUERRA <p>(según se respete la normativa del <i>Ius in Bello</i> o no)</p>
COMBATIENTES VS. CIVILES	<ul style="list-style-type: none"> - CRÍMENES DE GUERRA Y EVENTUALMENTE - DELITOS DE GENOCIDIO O DE LESA HUMANIDAD <p>(si el ataque contra la población civil es sistemático o generalizado)</p>
CIVILES VS. CIVILES	<ul style="list-style-type: none"> - DELITOS DE TERRORISMO O - DELITOS DE GENOCIDIO O DE LESA HUMANIDAD <p>(según la finalidad perseguida: política, en el primer caso, o no, en el segundo)</p>
CIVILES VS. COMBATIENTES	<ul style="list-style-type: none"> - CRÍMENES DE GUERRA O - ACTOS LEGÍTIMOS FRENTE AL ENEMIGO <p>(según se respete la normativa del <i>Ius in Bello</i> o no)</p>

l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.?", *passim*, pp. 1.108 y 1.116 ss. Ahora bien, en mi opinión, hay que añadir un segundo requisito, a saber, la condición de no combatiente del sujeto activo.

Establecido lo anterior, en los contextos de violencia de Irak y Afganistán, la normativa internacional tiene que determinar, por un lado, en que momentos tales conflictos han constituido estados de guerra y, por el otro, qué sujetos pueden ser considerados combatientes y cuáles no. Así, una vez resueltas tales cuestiones, es posible distinguir entre delincuencia, terrorista o de otra naturaleza, y guerra, pese a que todos los fenómenos usen los mismos métodos (terroristas). Mientras tales situaciones puedan definirse como conflictos armados, los atentados realizados por combatientes contra las fuerzas militares de ocupación y de los propios Estados son actos de guerra legítimos, siempre que respeten la normativa internacional (en caso contrario, constituyen crímenes de guerra). En cambio, la misma conducta dirigida contra la población civil constituye crímenes de guerra³³⁷. Sólo los actos de violencia cometidos por sujetos que no forman parte de las fuerzas armadas en conflicto contra otros civiles, susceptibles de causar terror y dirigidos a cambiar o alterar la política de un Gobierno son terroristas.

Además, especialmente en Irak, también hay que diferenciar los atentados terroristas de los ataques contra civiles realizados por no combatientes constitutivos de delitos de lesa humanidad, esto es, los asesinatos y masacres que se fundamentan en motivos étnicos y que han derivado en un enfrentamiento sistemático entre distintos grupos: la denominada violencia sectaria. Así, las matanzas indiscriminadas entre *chiíes* y *suníes* en mezquitas, mercados y barrios repletos de civiles no son subsumibles en el ámbito del terrorismo. Ciertamente, los métodos usados son los atentados suicidas y los coches bombas, pero la finalidad perseguida no los incluye dentro de dicho fenómeno³³⁸. Sin embargo, las autoridades y los medios de comunicación recurren frecuentemente a la denominación terrorista para referirse a estos supuestos³³⁹.

³³⁷ En este sentido, la organización *Human Rights Watch* ha acusado a la milicia talibán de crímenes de guerra, puesto que ataca sin distinción a combatientes y civiles. Así, de los 136 atentados suicidas perpetrados en 2006, 20 tuvieron objetivos únicamente civiles y el resto fueron militares, aunque en todo caso causaron más bajas entre la población, 272, que entre los soldados afganos o internacionales, 37 (cfr. su informe titulado “El coste humano: las consecuencias de los ataques insurgentes en Afganistán” y *El País* de 16 de abril de 2007).

³³⁸ Téngase en cuenta que, a principios de febrero de 2007, ya habían muerto cerca de cuatrocientos civiles en Bagdad, en varios atentados producidos en mercados públicos y barrios *chiíes* desde el comienzo de ese año (véase http://actualidad.terra.es/internacional/articulo/atentados_chiies_1370533.htm; última fecha de visita el 13 de octubre de 2008).

³³⁹ Así, por ejemplo, el 7 de noviembre de 2006, tras el anuncio de la condena a muerte del ex dictador iraquí, Sadam Hussein, dos ataques en los distritos *chiíes* y *suníes* de Bagdad causaron veinticinco muertos. Por un lado, varios disparos de mortero realizados en un

Por último, aquellos sujetos que no puedan considerarse combatientes según la normativa internacional y que ataquen a las fuerzas militares, durante los espacios de tiempo considerados como guerra, cometen actos legítimos o crímenes de guerra, según respeten la normativa internacional o no. En este sentido, por ejemplo, las matanzas de militares estadounidenses mediante explosivos atados al cuerpo, no visibles por el bando enemigo, son constitutivas de crímenes de guerra, puesto que no respetan sus métodos³⁴⁰.

Además, especialmente en tiempos recientes ha surgido un nuevo motivo que obliga a esclarecer el término jurídico de terrorismo, diferenciándolo del concepto de guerra y de los actos legítimos de resistencia. Como es sabido, en el ámbito del Islam es muy frecuente la captación y el reclutamiento de jóvenes musulmanes en distintos países europeos, los cuales son adoctrinados en la imperiosa necesidad de defender a ultranza sus postulados religiosos y alistados para recibir entrenamiento “militar”: son los denominados “mujahidines”³⁴¹. Sin embargo, hay que diferenciar entre la captación y el reclutamiento de jóvenes que son enviados a combatir en Irak o Afganistán contra las fuerzas militares invasoras³⁴², y los supuestos en los que tales sujetos reciben “entrenamiento terrorista” para inmolarse en lugares repletos de civiles. Así, dichas conductas podrán castigarse como actos preparatorios de los delitos de terrorismo y/o a sus autores como miembros o colaboradores con organización criminal³⁴³ sólo si el entrenamiento está orientado a atentar contra la población civil al margen de conflictos bélicos; no, en cambio, si tal preparación militar enseña a combatir en el marco de una guerra propiamente.

En conclusión, hay que distinguir entre el terrorismo como crimen, el terrorismo como acto de guerra, que puede ser legítimo o constituir una infracción de tal naturaleza, y el terrorismo como medio usado en otras

barrio *suní* mataron a siete personas. Como represalia, diecisiete personas murieron en un barrio *chií* después de que un kamikaze se inmolara en el interior de un café. Sin embargo, la policía iraquí calificó a dicho sujeto como “terrorista suicida” y así apareció en los medios de comunicación (cfr. *El País* de 7 de noviembre de 2006).

³⁴⁰ Del mismo modo, también hay que calificar de crímenes de guerra los atentados de no combatientes dirigidos contra las fuerzas militares cuyo efecto colateral necesario o posible sea la muerte de civiles.

³⁴¹ Cfr. la SAN de 26 de septiembre de 2005 (ponente Murillo Bordallo).

³⁴² Véase el AJCI de 23 de octubre de 2007, que procesa a veintidós personas por enviar “mujahidines” a Irak.

³⁴³ Cfr. la SAN de 26 de septiembre de 2005.

conductas delictivas³⁴⁴. Mientras que en el primer caso constituye un fenómeno delictivo, en los dos últimos supuestos es un método para hacer la guerra, legítima o ilegítimamente, o para realizar otros crímenes³⁴⁵.

Por otro lado, la segunda consecuencia de los “actos terroristas” sucedidos en tiempos de guerra tiene que ver con el estatus de sus autores en caso de ser detenidos: éstos pueden ser, o bien (presuntos) delincuentes –terroristas o de otro tipo–, o bien prisioneros de guerra³⁴⁶. En este sentido, el estatuto del “combatiente enemigo”, elaborado en los EEUU, es plenamente ilegítimo³⁴⁷. Como es sabido, una semana después

³⁴⁴ En sentido similar, véase TIEFENBRUN, “A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism”, pp. 386-387.

³⁴⁵ Como afirma TIEFENBRUN, “A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism”, pp. 358 ss., cuando el terrorismo es concebido como un método para perpetrar otros delitos, se sobrepone con crímenes contra la humanidad, genocidio, crímenes de guerra, etc.

³⁴⁶ Según el art. 4.A) del III Convenio, son prisioneros de guerra “*las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo*”: 1) *los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas*; 2) *los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra*; 3) *los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora*; 4) *las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto*; 5) *los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional*; 6) *la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra*” (véase, también, el art. 44 del Protocolo I).

³⁴⁷ En opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 85, el estatuto del “combatiente enemigo” ha dejado “fuera del sistema jurídico interno y a la vez fuera de la normativa internacional, los sospechosos de terrorismo”, y, en consecuencia, ha creado “de *facto* una zona intermedia, oscura, y difusa que queda completamente al margen del Estado de Derecho”. También AGUIRRE, “¿Hay dudas sobre la tortura?”, p. 29, pone de relieve que el Gobierno de Bush “ha creado espacios que no estén sometidos al poder judicial ni al derecho internacional público”. En

de los ataques del 11-S, el Congreso aprobó una resolución autorizando al presidente a usar toda la fuerza necesaria y apropiada contra las naciones, organizaciones o personas que, a su juicio, planeasen, autorizasen o cometiesen ataques terroristas o diesen cobijo a tales organizaciones o personas. Su finalidad era prevenir cualquier futuro acto de terrorismo internacional en ese país³⁴⁸. Así, en virtud de esta resolución, George W. Bush tiene potestad para declarar “combatiente enemigo” a cualquier individuo del que se sospeche que ha realizado alguna de las conductas descritas y ordenar su detención militar, sin posibilidad de proceso criminal. Ahora bien, la consideración de los delincuentes terroristas como combatientes conlleva los siguientes problemas.

En primer lugar, desde un punto de vista meramente retórico, los dignifica³⁴⁹, puesto que los eleva del estatus de criminales (asesinos) al de soldados³⁵⁰, y presenta su causa como lucha legítima contra la opresión³⁵¹.

En segundo lugar, *de facto*, esta facultad conlleva que cualquiera puede ser detenido³⁵² –tanto dentro como fuera del campo de batalla- y confinado en una prisión militar indefinidamente sin acceso a la justicia ordinaria³⁵³. De hecho, debido a la magnitud de tal medida, la Sentencia del caso *Ali Saleh Kablah Al-Marri v. Wright*³⁵⁴ ha sido la primera resolución judicial en establecer algunos límites a tal posibilidad.

Los hechos de este caso fueron los siguientes: Al-Marri, ciudadano de Qatar, había entrado legalmente en los EEUU con su mujer y su hijo el 10 de septiembre de 2001, con el fin de realizar estudios de posgrado en una Universidad de Illinois. Como es sabido, el día siguiente se cometieron los atentados contra el *World Trade Center* y el Pentágono, por lo que, con motivo de esta investigación, agentes del

concreto, sobre los detenidos en Guantánamo, su trato y la legislación aplicable, véase DUFFY, *The “War on Terror”*, pp. 379 ss.

³⁴⁸ Véase la *Authorization for Use of Military Force* (en adelante, AUMF), de 18 de septiembre de 2001 (Public Law 107-40, § 2[a]).

³⁴⁹ Como indica CANCIO MELIÀ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 46, los terroristas son “los primeros interesados en muy diversas facetas de militarización del lenguaje y de los modos de actuación”.

³⁵⁰ CLARK/RAUSTIALA, *Why Terrorists Aren’t Soldiers*. Véase, también, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, pp. 41-42, quien pone de relieve que los terroristas quieren ostentar el título de “guerrero”.

³⁵¹ CLARK/RAUSTIALA, *Why Terrorists Aren’t Soldiers*.

³⁵² Es de la misma opinión DUFFY, *The “War on Terror”*, p. 272.

³⁵³ En este sentido, PATEL, “Protecting National Security”, p. 6, pone de relieve que el Presidente puede ordenar la detención militar sin cargos de cualquier ciudadano americano.

³⁵⁴ Referencia: 487 F.3d 160 [4th Cir. 2007].

FBI le arrestaron en su hogar el 12 de diciembre de 2001. Así, fue encarcelado en una prisión civil y acusado de falsear cuentas corrientes y de intentar defraudar al Gobierno. Pese a que una Corte Federal del distrito de Nueva York le absolvió de tales delitos por falta de pruebas, en mayo de 2003 fue acusado de nuevo con las mismas imputaciones en el Distrito Central de Illinois. El 20 de junio de ese año, la Corte encargada del caso fijó una vista en la que el acusado iba a presentar una moción relativa a la obtención de pruebas mediante tortura. Sin embargo, el 23 de junio, antes de que pudiese realizarse tal vista, el caso fue sobreesido a instancias del Gobierno basándose en una orden firmada esa misma mañana por el presidente George W. Bush. Dicha orden declaraba a Al-Marri “combatiente enemigo” por las siguientes razones: era un colaborador de *Al Qaeda*; había realizado conductas que constituían actos hostiles y guerreros, incluyendo la preparación de atentados de terrorismo internacional; poseía información útil para prevenir ataques de *Al Qaeda*; y representaba un continuo, actual y grave peligro para la seguridad nacional de los EEUU. Así, el presidente determinaba que su detención militar era necesaria para evitar que colaborase con *Al Qaeda* y, por tanto, ordenaba al Fiscal General que entregase a Al-Marri al Secretario de Defensa y a éste que le detuviera como combatiente enemigo. En consecuencia, desde esa orden, Al-Marri estuvo encarcelado en una prisión militar en Carolina del Sur sin imputación formal alguna, hasta que, el 11 de junio de 2007, la citada resolución transfirió su caso a las autoridades civiles³⁵⁵.

Pues bien, según indica dicha Sentencia, el estatus de “combatiente enemigo” sólo puede predicarse respecto de las personas que hayan formado parte de las fuerzas armadas enemigas de los EEUU, esto es, que hayan combatido contra este país en algún lugar del mundo. Por el contrario, si sólo existen pruebas de actividad criminal asociada a organizaciones terroristas, el Gobierno no puede transformar a un civil en un “combatiente enemigo” sujeto a detención militar indefinida³⁵⁶.

³⁵⁵ Ciertamente, con casos como estos, no deja de llamar la atención que un profesor de “*terrorism law*” de la Universidad de Maryland (Michael Greenberger) haya afirmado que los EEUU han demostrado que son plenamente capaces de enjuiciar el terrorismo y, al mismo tiempo, proporcionar a los acusados las garantías procesales establecidas en la Constitución (véase *The New York Times* de 17 de agosto de 2007, con relación al caso Padilla citado también en este trabajo *supra* en la introducción e *infra* en la nota siguiente).

³⁵⁶ No obstante, hay que poner de relieve que si existen evidencias de que una persona estuvo armada y presente en una zona de combate, como parte de las fuerzas enemigas de los EEUU, será considerada “combatiente enemigo”, aunque no fuera detenida en el campo de batalla, sino en suelo norteamericano (véase *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386 [4th Cir. 2005]). En este caso, dicha resolución estableció que la AUMF autorizaba al

Sin embargo, aunque tal resolución aislada sea correcta, –puesto que concluye que un no-militar arrestado en suelo de los EEUU por colaborar con las actividades de una organización terrorista no puede ser declarado “combatiente enemigo”, sino que debe ser juzgado por los tribunales civiles como delincuente–, es perfectamente posible defender la solución contraria, atendiendo al sentido literal de la *Authorization for Use of Military Force* (en adelante, AUMF). En este sentido, el Juez Hudson, en su voto disidente a dicha resolución, pone de relieve que, aunque Al-Marri no estuvo presente durante un conflicto armado con las fuerzas estadounidenses, es el tipo de “guerrero sigiloso” usado por *Al Qaeda* para perpetrar ataques terroristas contra Norteamérica. Por tanto, su detención está autorizada según lo estipulado en el § 2[a] AUMF “para prevenir cualquier acto futuro de terrorismo internacional contra los EEUU”.

Por último, desde una perspectiva basada en el respeto de la legalidad internacional, esta normativa impide que se apliquen las reglas de la guerra a los sujetos que son o han sido hechos prisioneros en el seno de un conflicto armado, en concreto el Convenio III de Ginebra (relativo al trato debido a los prisioneros de guerra). Ciertamente, aunque, como se ha indicado, no está claro si la situación actual en Irak y Afganistán debe definirse como guerra o posguerra, hubo un momento en el que toda la comunidad internacional estuvo de acuerdo en que existió un conflicto armado³⁵⁷. De hecho, la mayoría de los detenidos en Guantánamo hoy en día fueron capturados en aquel entonces. Por tanto, los combatientes detenidos en el campo de batalla durante las hostilidades deberían ser tratados como prisioneros de guerra³⁵⁸. De entrada, ello implica que si tales conflictos ya han finalizado los prisioneros tendrían que ser puestos

Presidente a detener a Padilla como combatiente enemigo, puesto que, pese a ser un ciudadano americano, había sido miembro de las fuerzas talibanes durante el conflicto en Afganistán. Así, pese a que el Gobierno no fue capaz de capturarlo hasta que volvió a los EEUU, presentó evidencias de que Padilla tomó las armas contra las fuerzas estadounidenses (sobre este supuesto, cfr. COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, pp. 95-97; y VERVAELE, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos”, p. 142. En España, véanse también las crónicas realizadas por Rafael Argullol en *El País* de 3 de diciembre de 2002 y de 16 de junio de 2006).

³⁵⁷ La de Afganistán comenzó el 7 de octubre de 2001 y finalizó, formalmente, el 13 de noviembre siguiente. Por su parte, la de Irak se inició el 20 de marzo de 2003 y se acabó el 1 de mayo de ese mismo año.

³⁵⁸ O, como criminales de guerra, en caso de ser acusados por la comisión de tal clase de delitos.

en libertad y repatriados a sus países de origen³⁵⁹ –salvo que hubiesen cometido crímenes de guerra o actos constitutivos de genocidio o de lesa humanidad-. Por el contrario, si se considera que continúan en la actualidad, la detención de los miembros de las fuerzas armadas iraquíes o afganas mientras éstos perduren es respetuosa con el Derecho de Guerra. Ahora bien, de ser así, muchos de los actos que los EEUU y la Comunidad Internacional califican hoy en día como terroristas son, en realidad, actos legítimos de guerra.

Sea como fuere, la estadounidense *Military Commissions Act* de 2006³⁶⁰, que prevé la creación de comisiones militares para juzgar a los “combatientes enemigos ilegales” (“*unlawful enemy combatants*”) extranjeros (“*aliens*”, esto es, que no sean ciudadanos

³⁵⁹ Es más, en realidad, deberían haberlo sido al término de las hostilidades (véase el art. 118 del Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Convenio III, que establece lo siguiente: “Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas”; en el mismo sentido DUFFY, *The “War on Terror”*, p. 257). Así, la decisión del caso *Hamdi v. Rumsfeld* (03-6696) 542 U.S. 507 (2004) de la Corte Suprema de los EEUU pone de relieve que, a la luz de las normas de la guerra, la detención de los “combatientes enemigos” sirve para prevenir que retornen al campo de batalla y tomen las armas otra vez. De este modo, el encierro sólo puede durar mientras las hostilidades permanecen activas (para más detalle sobre este caso y tal resolución, véase VERVAELE, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos”, pp. 141-142).

³⁶⁰ Public Law 109-366. La historia de esta Ley es ciertamente interesante (cfr. KNESS, “The Military Commissions Act of 2006”, pp. 383 ss.): en Afganistán, los militares del bando estadounidense capturaron a miles de individuos, principalmente a causa de un sistema de recompensas que ofrecía 5.000 dólares por talibán y 20.000 dólares por cada miembro de *Al Qaeda*, de los cuales, cerca de un 86% fueron trasladados a Guantánamo. El 13 de noviembre de 2001, el presidente Bush firmó la *Military Order* mediante la cual instauraba un sistema judicial militar especial, compuesto por comisiones militares, para juzgar a aquellos detenidos. La Corte Suprema de los EEUU, en su Sentencia en el caso *Hamdan v. Rumsfeld* (05-184) 548 U.S. _ (2006) invalidó tal decisión del presidente y declaró que dichas comisiones no podían proceder sin autorización específica del Congreso. Así, sólo unos meses después, el Congreso promulgó la *Military Commissions Act* (para más información sobre esta Ley, las comisiones militares y la Sentencia mencionada véanse ARAUJO, “A Judicial Response to Terrorism”, pp. 117 ss.; CAPOZZI, “Hamdan v. Rumsfeld: A Short-Lived Decision?”, pp. 1.303 ss.; EARLEY, “The War on Terrorism and the Enemy Within”, pp. 77-78; ESTREICHER/O'SCANNLAIN, “Hamdan's Limits And The Military Commissions Act”, pp. 403 ss.; EVANS, “Terrorism on Trial”, pp. 1.831 ss.; EVERETT, “The Role of Military Tribunals under the Law of War”, pp. 1 ss.; FRICTON, “The Balance of Power: The Supreme Court's Decision on Military Commissions”, pp. 1.693 ss.; GORE, “Commission Control: The Court's Narrow Holding in Hamdan v. Rumsfeld”, pp. 741 ss.; KATYAL, “Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes to Practice”, pp. 65 ss.; STOELTING, “Military Commissions and Terrorism”, pp. 427 ss.; YOO, “An Imperial Judiciary at War: Hamdan v. Rumsfeld”, pp. 86 ss.; y YOUSEF, “Military Tribunals”, pp. 911 ss., generalmente muy críticos con el establecimiento de las comisiones militares).

estadounidenses), redefina las categorías de “combatiente enemigo ilegal” y “combatiente enemigo legal” (“*lawful enemy combatant*”)³⁶¹. Así, incluye, expresamente, en la primera categoría a los miembros de los grupos talibanes, *Al Qaeda* o sus fuerzas asociadas, que hayan emprendido hostilidades contra los EEUU o sus aliados, y a cualquiera que las haya apoyado (§ 948a[1]). Según indica el §948a[2], el término “combatiente enemigo legal” sólo hace referencia a los miembros, bien de una fuerza regular de un Estado que participe en hostilidades contra los EEUU, bien de una milicia, cuerpo de voluntarios o movimiento de resistencia organizado que pertenezca a un Estado parte que intervenga en tales hostilidades, el cual esté bajo un mando responsable³⁶². Además, como afirmó Ronald Rumsfeld días después de los atentados del 11-S, la guerra contra el terrorismo iba a ser una guerra como los EEUU nunca habían conocido, puesto que su adversario sería “una red global de organizaciones terroristas”³⁶³. En consecuencia, en la actual guerra contra el terrorismo, todos los enemigos extranjeros, bien soldados, bien criminales, son combatientes ilegales por definición. Por un lado, cualquier “combatiente enemigo” respetuoso con las leyes de la guerra, esto es, “legal”, que participe en un conflicto armado propiamente contra los EEUU (en Irak o Afganistán) se transforma en ilegal³⁶⁴, puesto que *Al Qaeda* no es una fuerza militar que pertenezca a un Estado o esté bajo su mando, del mismo modo que la insurgencia *suní* y *chií* en Irak. Es más, los miembros de tal organización son expresamente incluidos en la categoría de “combatientes enemigos ilegales”, al igual que la milicia talibán que da soporte al antiguo Gobierno afgano³⁶⁵. Por el otro lado, el

³⁶¹ En este sentido, KNESS, “The Military Commissions Act of 2006”, pp. 383 ss., pone de relieve que la *Military Commissions Act* no respeta las previsiones de la Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra. En el mismo sentido, véase RONA, “Legal Issues in the ‘War on Terrorism’”, pp. 722 ss.

³⁶² ADDICOTT, “Into the Star Chamber”, p. 870, pone de relieve los argumentos esgrimidos por la Administración Bush para no reconocer el estatus de presos de guerra ni a los miembros de *Al Qaeda* ni a los talibanes capturados en Afganistán y, así, poder denominarlos combatientes ilegales enemigos: los primeros no forman parte de una fuerza armada de una nación, sino que pertenecen a una organización, y los segundos no llevan una insignia militar que los distinga de los civiles, como, por ejemplo, uniformes (comparte esta opinión YOO, “The U.S. Military Need Not Obey the Geneva Conventions When Dealing with Suspected Terrorists”, p. 29). Además, éstos han ayudado a *Al Qaeda*. También MCCARTHY, “Torture: Thinking about the Unthinkable”, p. 102, considera que, con base en las leyes de la guerra, los miembros de *Al Qaeda* no son combatientes legales.

³⁶³ Cfr. CLARK, *¿Qué ha fallado en Irak?*, p. 119, nota 8.

³⁶⁴ En el mismo sentido, KNESS, “The Military Commissions Act of 2006”, p. 388.

³⁶⁵ Cfr. BILDER/VAGTS, “Speaking Law to Power”, p. 151, quienes ponen de relieve que se han alzado voces muy críticas que consideran que las previsiones de las Convenciones

criminal que colabora con la organización terrorista *Al Qaeda* fuera del propio campo de batalla se convierte en combatiente, puesto que les da su apoyo (y, por ende, en ilegal). En consecuencia, los “combatientes enemigos ilegales” pueden ser juzgados por comisiones militares (¡también los simples delincuentes!³⁶⁶) y condenados a cadena perpetua o, incluso, a la pena de muerte³⁶⁷ (¡aunque según las normas de la guerra tuvieran que ser puestos en libertad al finalizar el conflicto armado o pese a que en virtud de las leyes penales hubieran cometido algún delito cuya pena prevista fuera menor!).

En conclusión, un estado de guerra tiene que delimitar el ámbito del terrorismo como método y como fenómeno y el estatus de los sujetos que actúan en su marco cuando son detenidos: prisioneros de guerra o delincuentes –terroristas o de otra clase-, según hayan cometido actos de guerra legítimos o crímenes.

2. El terrorismo como ataque simbólico a la democracia: consecuencia, el terrorismo como fenómeno delictivo

La guerra supone una amenaza tal para los Estados que se ven afectados por ella que legitima el uso de medidas extraordinarias para luchar contra el enemigo, las cuales no tienen cabida en los tiempos de paz³⁶⁸. En consecuencia, si estamos verdaderamente en guerra contra la red liderada por *Al Qaeda*, es legítima la adopción de medidas excepcionales que se

de Ginebra requieren que los combatientes talibanes tengan el estatus de prisioneros de guerra. En concreto, véase RONA, “Legal Issues in the ‘War on Terrorism’”, pp. 715 ss. Por el contrario, a juicio de otro sector doctrinal (así, CASEY/RIVKIN JR., “Rethinking the Geneva Conventions”, p. 211), garantizar a los miembros de *Al Qaeda* y de la milicia talibán los derechos de los combatientes legales incrementa su ventaja, razón por la que tienen que serles negados. En este sentido, los asesores del presidente Bush le advirtieron, expresamente, de que las tradicionales leyes y costumbres de la guerra impedirían la destrucción del enemigo y la protección de los ciudadanos americanos (cfr. BOWKER, “Unwise Counsel”, pp. 185-186). Ahora bien, hay que decir que la normativa internacional no está hecha “a gusto del consumidor”.

³⁶⁶ En este sentido, la Corte Suprema de los EEUU pone de relieve, en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, que el delito de “conspiración” (para cometer atentados terroristas) no es una ofensa que pueda juzgarse al amparo de las normas de la guerra, puesto que no es un crimen de tales características según el Derecho Internacional.

³⁶⁷ Véase el § 948d(d) de la *Military Commissions Act* de 2006.

³⁶⁸ Sobre esta cuestión véase GOLOVE/HOLMES, “Terrorism and Accountability”, pp. 3-4.

adecuen a las normas del *Ius in Bello* para erradicar el peligro proveniente del terrorismo³⁶⁹. Ahora bien, si, por el contrario, los atentados perpetrados y la actividad desarrollada por tales grupos armados en muchas partes del mundo constituyen un tipo de criminalidad organizada, las medidas a adoptar han de respetar el marco jurídico y político de un Estado democrático de Derecho³⁷⁰.

En otras palabras, se puede estar en tiempos de paz o en tiempos de guerra, aplicándose una u otra normativa según el caso, pero “no existe jurídicamente hablando un tercer ámbito normativo”³⁷¹. Si estamos en guerra, aunque se denomine nueva guerra, sin frentes o en red³⁷², hay que atenerse a la normativa internacional en esta materia. Sin embargo, si el terrorismo no es guerra, hay que aplicar el Derecho penal común³⁷³ con los límites derivados de un Estado constitucional de garantías³⁷⁴. Por tanto, lo que no puede asumirse es la práctica de la guerra, bien desde el marco del Derecho Penal³⁷⁵, bien al margen de la normativa internacional³⁷⁶.

³⁶⁹ Sin embargo, no es de recibo argumentar con criterios de eficacia. En este sentido, TAFT IV, “War Not crime”, pp. 224 ss., considera que es legítimo aplicar las normas de los conflictos armados, adaptadas a las características de *Al Qaeda*, puesto que éstas permiten detener a las personas indefinidamente e interrogarlas sin cargos, y, por tanto, son más eficaces para luchar contra el terrorismo. Ahora bien, que ciertamente puedan serlo, no les confiere legitimidad. Ello sólo es posible en caso de que tal fenómeno constituya una verdadera guerra.

³⁷⁰ Sin embargo, hay que poner de relieve que para algunos autores (así, GOLOVE/HOLMES, “Terrorism and Accountability”, pp. 3 y 7), el terrorismo internacional no es ni guerra ni crimen en el sentido tradicional de los términos. Por el contrario, éste es una combinación de ambos, o quizás un nuevo fenómeno.

³⁷¹ GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 84.

³⁷² Así, por ejemplo, DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 26.

³⁷³ GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, pp. 84 ss.

³⁷⁴ Sin embargo, existen propuestas que abogan por crear un tercer ámbito normativo. Así, ACKERMAN, “The Emergency Constitution”, pp. 1.030 ss., considera que para hacer frente a la actual amenaza proveniente del terrorismo no son adecuados ni el Derecho de Guerra ni el Derecho Penal. A su juicio, hay que transitar un tercer camino, esto es, el “estado de emergencia” (para más información sobre esta propuesta, véanse dos de los posteriores trabajos realizados por ACKERMAN: “This is Not a War”, pp. 1871 ss.; y *Before the Next Attack*, pp. 13 ss.); o SCHARF, “Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes”, p. 373, propone definir el terrorismo como un crimen de tiempos de paz equivalente a crímenes de guerra. De este modo, defiende la necesidad de aplicar las leyes de la guerra a los terroristas, por lo que estaría permitido el ejercicio de medidas más vigorosas que no pueden usarse bajo la aplicación de las leyes comunes.

³⁷⁵ Como indica MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho Penal autoritario”, p. 174, la “concepción belicista del Derecho Penal” es algo ilegítimo y muy peligroso.

³⁷⁶ Por ejemplo, la *Military Commissions Act* de 2006 establece expresamente que los “combatientes enemigos ilegales extranjeros” **no podrán invocar las Convenciones de Ginebra como fuente de derechos** (§ 948b[g]).

Dicho lo anterior, pues, hay que determinar si se dan los presupuestos que legitiman el recurso a la guerra. Sólo si la amenaza actual proveniente del terrorismo es de tal calibre que pone en peligro real la subsistencia de nuestro modelo de Estado, puede justificarse la adopción de los métodos previstos en caso de conflicto armado³⁷⁷.

Ahora bien, como indica un sector muy importante de la doctrina, el daño que el terrorismo inflige a los sistemas democráticos es meramente

³⁷⁷ Como indica FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 830, sólo sobre la hipótesis de que el terrorismo es una amenaza real contra los fundamentos del Estado es legítima una legislación de emergencia que indique que la Nación está en guerra contra los terroristas. Además, a esta primera premisa debe añadirse la siguiente: una vez determinado el estado de guerra hay que aplicar la regulación prevista en caso de conflicto armado; o, por el contrario, en caso de haberse hecho frente a la amenaza con la normativa de emergencia hay que volver a la normalidad (en este sentido, SCHEPPELE, “Law in a Time of Emergency”, p. 3. Sobre esta cuestión, téngase en cuenta que la propia Constitución española, en su art. 116, prevé los estados de alarma, sitio y excepción. Sin embargo, el art. 1.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, que lo desarrolla, establece que éstos son temporales, es decir, que la duración de los mismos será el “*estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad*”). De este modo, la propuesta de ACKERMAN “The Emergency Constitution”, pp. 1.030 ss., consistente en transitar la vía de la legislación de emergencia es, de entrada, innecesaria, puesto que falta la premisa mayor, a saber, la amenaza real proveniente del terrorismo para la subsistencia de los sistemas democráticos (en el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 27, indica que “no hay en el horizonte del ‘Derecho penal’ del enemigo, en ninguno de los sectores, riesgos que realmente merezcan el estado de excepción”). Pero, además, tanto si algún día el terrorismo llega a suponer tal peligro como si no, su modelo es ilegítimo porque convierte el estado de emergencia en una situación permanente y la regulación excepcional en ordinaria. El citado autor considera que la creación del estado de emergencia tiene como finalidad demostrar a la población que la situación de peligro está bajo control y que el Gobierno está llevando a cabo acciones efectivas a corto plazo para prevenir nuevos atentados terroristas que podrían producir el pánico. De este modo, si la regulación de emergencia sólo quiere calmar a la sociedad, pero no prevenir eficazmente los peligros que atemorizan, es decir, es meramente simbólica, la amenaza terrorista no tiene fin (como el propio autor reconoce explícitamente). En consecuencia, el marco temporal del estado de emergencia se convierte en definitivo y la excepción en norma, porque mientras los peligros provenientes del terrorismo sigan latentes hay que continuar tranquilizando a la población. Así, aunque la solución de ACKERMAN quiere evitar el daño a largo plazo que la introducción de lo excepcional en la legislación ordinaria inflige a los derechos individuales, acaba produciendo el mismo efecto (véanse las críticas a la propuesta de ACKERMAN realizadas por COLE, “The Priority of Morality”, pp. 1.753 ss.; y TRIBE/GUDRIDGE, “The Anti-Emergency Constitution”, pp. 1.801 ss.). En definitiva, tanto las normas excepcionales como los poderes de emergencia suelen durar más que la situación de excepción o de emergencia misma, así la excepción, ya en la legislación ordinaria, ya en el estado de emergencia, permanece. De este modo, se cae, en palabras de FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 820 y 828, en la “perenne emergencia”. Véase, también, PORTILLA CONTRERAS, “Globalización del antiterrorismo”, p. 31.

simbólico³⁷⁸, es decir, no tiene verdadera capacidad para destruir sus fundamentos³⁷⁹. En consecuencia, hoy en día -e, incluso, hay quien considera que nunca³⁸⁰-, el terrorismo no amenaza efectivamente la supervivencia de nuestros modelos de gobierno y de las instituciones democráticas, del mismo modo que, por ejemplo, lo hizo el nazismo o el imperio japonés³⁸¹ en su momento. En general, las organizaciones

³⁷⁸ CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, p. 131; GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, pp. 144 y 148; REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 9; y SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, “Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho”, p. 79.

³⁷⁹ En este sentido, son muy ilustrativas las siguientes palabras de RORTY, “Fundamentalismo: enemigo a la vista”, p. 11: “La sospecha ampliamente extendida de que la guerra contra el terrorismo es potencialmente más peligrosa que el terrorismo en sí me parece completamente justificada. Porque si las consecuencias directas del terrorismo fuesen lo único que tuviéramos que temer, no habría razón alguna para suponer que las democracias occidentales no serán capaces de sobrevivir a las explosiones de bombas nucleares en sus metrópolis. Al fin y al cabo, las catástrofes naturales que causan a la humanidad muerte y destrucción de una magnitud comparable tampoco suponen ningún riesgo para las instituciones democráticas. Por ejemplo, si se desplazaran las placas tectónicas de la costa del Pacífico e hicieran derrumbarse los rascacielos, este suceso significaría la muerte segura para cientos de miles de personas. Pero nada más enterrar a las víctimas se comenzaría de nuevo con la reconstrucción”. De la misma opinión, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, pp. 246-247, considera que es una hipérbole que el terrorismo pueda destruir el ordenamiento jurídico, incluso el terrorismo de *Al Qaeda*; DEL CAMPO, “Terrorismo y sociedad democrática”, p. 355, opina que “el peligro que las sociedades democráticas corren por la acción del terrorismo no es, en general, demasiado grande”; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 829 ss., señala que existe acuerdo en considerar que el terrorismo que golpeó a Italia durante los años setenta y ochenta no debe ser calificado de guerra civil, pues nadie, excepto los propios terroristas o algún acusador público, pudo “haber pensado seriamente que el terrorismo pusiera realmente en peligro los fundamentos del Estado”; IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 81, opina que “hay una diferencia enorme entre la amenaza que representa un ataque armado por parte de otro Estado y un incidente terrorista. Incluso si el avión que cayó en Pensilvania hubiera golpeado la Casa Blanca o el Capitolio”, los atentados del 11-S no habrían amenazado con colapsar la democracia de los EEUU; LAQUEUR, *Una historia del terrorismo*, p. 19, pone de relieve que todas las campañas de terrorismo llegan a su fin y que “los grupos islámicos radicales [que] se encuentran hoy en día en la vanguardia del terrorismo” no serán una excepción; y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 24, cree que “no está claro que el terrorismo ponga en peligro el orden democrático *in totum*”. En cambio, según CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 49, “el terrorismo constituye una amenaza obvia para los fundamentos y, por tanto, la propia supervivencia del sistema establecido”. Sin embargo, aunque es cierto que, como apunta JAKOBS, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *passim*, p. 42, el terrorista persigue la destrucción del ordenamiento jurídico, no lo pone en peligro real. Por tanto, no hay que impedir, mediante coacción, que lo destruyan (p. 47).

³⁸⁰ Cfr. IGNATIEFF, *El mal menor*, pp. 92 ss.

³⁸¹ Como apunta DRATEL, “The curious debate”, p. 113, *Al Qaeda* no presenta una amenaza militar equiparable a la Alemania nazi o al imperio japonés durante la Segunda

terroristas no tienen el suficiente poder como para ocupar parte de un territorio nacional y ofrecer resistencia abierta al poder estatal. De aquí, que se sumerjan en la ilegalidad y operen en secreto³⁸². En definitiva, pues, la vida de la nación no está en peligro³⁸³.

Ciertamente, hay que matizar esta afirmación. No se puede descartar que algunas organizaciones terroristas puedan llegar a poner en jaque a un Gobierno determinado. Por ejemplo, las FARC en Colombia (especialmente, en el pasado) o grupos islamistas radicales en algunos países musulmanes inestables. Así, en caso de que el propio sistema político de un Estado determinado estuviera en peligro real a causa de acciones terroristas sí sería legítimo acudir a la normativa prevista para tiempos de guerra. Sin embargo, tales situaciones a nivel planetario son excepcionales y muy puntuales, sin que justifiquen la “guerra contra el terrorismo global” que, en general occidental, está librando en la actualidad contra *Al Qaeda*, y sin que tampoco sean trasladables al terrorismo de ETA.

Lo que de un modo tangible es afectado por la actividad terrorista es la vida e integridad de las personas y la seguridad colectiva, pero tales bienes jurídicos también son menoscabados por otros tipos de criminalidad³⁸⁴. Por tanto, tampoco es legítimo acudir al discurso de la seguridad para justificar el recurso a la guerra³⁸⁵. En consecuencia, la actual lucha contra

Guerra Mundial, puesto que dicha organización terrorista no controla Europa ni domina Asia. En el mismo sentido, Lord Hoffmann, en la Sentencia de la Cámara de los Lores de 16 de diciembre de 2004 ([2004] UKHL 56, A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), que declara inconstitucional la *Prevention of Terrorism Bill* de 2001 por lo que respecta a la posibilidad de una detención indefinida para ciudadanos extranjeros), afirma lo siguiente: “No subestimo la capacidad de grupos fanáticos de terroristas para matar y destruir, pero no amenazan la vida de la nación. **Que sobreviviéramos a Hitler estuvo en cuestión pero no hay duda alguna que sobreviviremos a Al-Qaeda** (...) La violencia terrorista, con todo lo seria que es, no amenaza nuestras instituciones de gobierno o nuestra existencia como comunidad civil” (negrita añadida; cfr. CANCIO MELLÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 29-30, texto y nota 89); e IGNATIEFF, *El mal menor*, pp. 81-82, apunta que “aunque el 11 de septiembre se compara frecuentemente con Pearl Harbor, ciertamente Al Qaeda no dispone de nada parecido a los recursos del imperio de Japón”.

³⁸² En este sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, pp. 28-29.

³⁸³ Cfr. IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 81.

³⁸⁴ Véase *supra* 1^a. I.1.

³⁸⁵ Como pone de relieve REINARES, “Al Zarqawi, Irak y el terrorismo global”, “a lo largo de los últimos tres años, los grupos y organizaciones relacionados con Al Qaeda han matado muchos más musulmanes que ninguna otra categoría de personas”. De este modo, aunque se trata de una violencia “que se nos presenta como antioccidental y especialmente antiamericana -y es cierto que afecta frecuentemente a ciudadanos e

el terrorismo ni constituye ni puede constituir un conflicto armado. Por el contrario, hay que concebir este fenómeno como una clase de delincuencia³⁸⁶ y aplicar el Derecho Penal, tanto material como procesal³⁸⁷, y el resto de instrumentos regulados en los sistemas democráticos para los tiempos de paz³⁸⁸ como arma³⁸⁹.

Es más, dado que el terrorismo no pone en peligro real la vida de la nación, ninguna medida legal excepcional que se fundamente en el ataque a las bases del Estado democrático de Derecho es necesaria –

intereses foráneos o de organismos internacionales-, (...) en realidad ocasiona la mayoría de sus víctimas entre nativos árabes y kurdos de religión islámica, chiíes al igual que suníes”.

³⁸⁶ Son de la misma opinión BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, p. 35; CLARK/RAUSTIALA, *Why Terrorists Aren't Soldiers*; HEYMANN, *Terrorism, Freedom and Security*, *passim*, y VIGANÒ, “Terrorismo, guerra e sistema penale”, pp. 679 ss. En cambio, DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, pp. 21 ss.; y TAFT IV, “War Not crime”, pp. 223 ss., califican la situación actual de guerra, de modo que legitiman el recurso a medidas características del *Ius in Bello* (aunque a juicio de TAFT IV, las leyes de los conflictos armados tienen que modificarse en algunos aspectos para adaptarse a los aspectos no convencionales de esta nueva guerra). También cree que cabe hablar de guerra en el caso del terrorismo islámico URIARTE, *Terrorismo y Democracia tras el 11-M*, pp. 117 ss.

³⁸⁷ En este sentido, por ejemplo, MOORE, “Take Al Qaeda to Court”; y TURNER/SCHULHOFER, *The Secrecy Problem in Terrorism Trials*, pp. 55 ss. y 79 ss., consideran que el sistema ordinario de justicia criminal puede y debe conocer los casos en los que existen cargos por terrorismo. De otra opinión, CASEY/RIVKIN JR., “Rethinking the Geneva Conventions”, pp. 210-211. Sea como fuere, en la práctica, el 14 de febrero de 2007 el presidente estadounidense ordenó el establecimiento de las comisiones militares previstas en la *Military Comissions Act* de 2006, mediante la *Executive Order Trial of Alien Unlawful Enemy Combatants by Military Commission*. Sin embargo, la reciente Sentencia de la Corte Suprema de los EEUU en el caso *Boumediene et al. v. Bush, President of the United States, et al.* (06-1195) 553 U.S. _ (2008) establece que los sospechosos de terrorismo detenidos en la base militar en Cuba tienen derecho al *habeas corpus*, esto es, el derecho constitucional de apelar ante un juez federal para reclamar su puesta en libertad.

³⁸⁸ Así, el Parlamento Europeo, en su Informe de 2 de febrero de 1994, consideró que “el terrorismo es un mal de épocas de paz, que debe ser tratado con remedios de épocas de paz”.

³⁸⁹ Y, obviamente, tampoco vale la retórica de la reincidencia para justificar una guerra. En este sentido, léase el discurso del estado de la Nación realizado por el Presidente George W. Bush el 20 de enero de 2004 (cfr. ACKERMAN, “This is not a war”, p. 1.871): “Sé que mucha gente cuestiona si América está realmente en guerra. Ellos consideran que el terrorismo es más bien un crimen, un problema que debe solventarse principalmente con la aplicación de la ley común. Después del primer atentado al *Worl Trade Center* en 1993, algunos de los culpables fueron acusados, juzgados, condenados y enviados a prisión. Pero el problema no fue resuelto. Los terroristas están todavía entrenándose en otras naciones y elaborando planes más ambiciosos. Después del caos y la carnicería del 11 de septiembre, no es suficiente con aplicar la legalidad a nuestros enemigos. Los terroristas y sus colaboradores declararon la guerra a los EEUU, y la guerra es lo que han obtenido”.

ni legítima- para combatir este fenómeno³⁹⁰, en contra de lo que opinan algunos autores o determinadas resoluciones. Así, por ejemplo, PÉREZ DEL VALLE³⁹¹ justifica la adopción de normas que vulneran principios constitucionales en los supuestos en que los ataques se dirigen “contra las bases en las que se asienta el Estado de Derecho”, puesto que constituyen situaciones especiales y requieren una consideración especial. En el mismo sentido, la STC 199/1987, de 16 de diciembre (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), establece que la previsión introducida en el art. 55.2 CE es necesaria “para el propio sostenimiento del Estado democrático de Derecho”, puesto que facilita “la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional”³⁹².

Establecido lo anterior, pues, si no se dan los presupuestos que legitimen un estado de guerra, tampoco debería utilizarse el rótulo “guerra contra el terrorismo”, puesto que tal *slogan* no constituye una mera etiqueta con efectos retóricos y simbólicos, sino que tiene gran trascendencia práctica³⁹³. En primer lugar, a nivel interno crea la ficción de que es necesario limitar los derechos y las libertades individuales con el fin de contrarrestar ese peligro³⁹⁴, lo que comporta la imposición de un estado de excepción permanente³⁹⁵. Puesto que la guerra no es principalmente

³⁹⁰ Sobre estas cuestiones, véase con más detalle *infra* 2^a.IV y V.

³⁹¹ PÉREZ DEL VALLE, “Derecho Penal del enemigo ¿Escarnio o prevención de peligros?”, p. 558.

³⁹² En la doctrina, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 123, también hace referencia a que la suspensión temporal del ejercicio de determinados derechos fundamentales “se justifica por la propia defensa del orden democrático y del mismo Estado de Derecho”; a juicio de REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, p. 192, el terrorismo es una forma delictiva “que pone en peligro grave y real la vida e integridad de las personas, al igual que lo hace respecto al sistema constitucional”; y VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, p. 63, alude a que la finalidad del art. 55.2 CE es la defensa del orden democrático.

³⁹³ Sobre esta cuestión, véase HEYMANN, *Terrorism, Freedom and Security*, pp. 19 y 87 ss., quien pone de relieve que la “metáfora de la guerra” distrae la atención sobre las medidas que los Estados deberían tomar para luchar contra el terrorismo.

³⁹⁴ En este sentido, MUÑAGORRI LAGUÍA, “Acerca de las reformas de 2003 al Código penal español”, p. 242, indica que la definición del enemigo en un escenario de guerra conlleva la ruptura de los límites del Derecho Penal liberal y la privación de garantías a tales sujetos.

³⁹⁵ Como pone de relieve ACKERMAN en dos de sus trabajos, “The Emergency Constitution”, p. 1.070, y “This is not a war”, pp. 1.872-1.873, la utilización de la palabra guerra (contra el terrorismo) sirve para justificar la permanente destrucción de derechos fundamentales en escalada, puesto que introduce la categoría del enemigo contra el que reaccionar (cfr. PÉREZ DEL VALLE, “Derecho Penal del enemigo ¿Escarnio o prevención

de Estados contra Estados sino de Estados contra individuos, lo que BECK³⁹⁶ denomina “individualización de la guerra”, cualquier particular puede ser un terrorista potencial y, por tanto, debe ser controlado por razones de seguridad³⁹⁷.

Así, por ejemplo, en los EEUU, a raíz de un programa presentado por la Oficina de Inteligencia Nacional, aprobado por ambas Cámaras y controlado por el Departamento de Seguridad Nacional, las agencias de seguridad tienen acceso a satélites creados para el espionaje con la finalidad de prevenir el terrorismo, entre otras razones. De este modo, los oficiales encargados de la seguridad

de peligros?” p. 553). En el mismo sentido, STEINERT, “The indispensable metaphor of war”, pp. 265 ss., opina que la combinación de los términos combate o guerra y enemigos, tan en boga en los medios de comunicación y usados por la clase política, sirve para justificar cualquier medida excepcional. Ciertamente, las siguientes declaraciones públicas realizadas con posterioridad al 11-S por el Secretario de Defensa estadounidense son ilustrativas de este proceso argumentativo: ante todo, Paul Wolfowitz afirmó que tales ataques eran más que actos de terrorismo, eran actos de guerra; así, a continuación, puso de relieve que la gente que los había planeado y llevado a cabo no eran criminales comunes sino agresores extranjeros; por ello, sentenció que la lucha contra sus autores no pasaba por la aplicación de la Ley común (cfr. EARLEY, “The War on Terrorism and the Enemy Within”, p. 93). Sin duda, que los atentados al *World Trade Center* fueran tan espectaculares, se retransmitieran en todo el mundo y causaran tanto daño (GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 79; y MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho Penal autoritario”, pp. 167-168) ha facilitado que la ciudadanía se convenza de que la utilización de la palabra guerra no es una hipérbole o una metáfora, sino una descripción de la realidad, y de que las medidas excepcionales para luchar contra el terrorismo son necesarias. Ahora bien, gracias a la repetición de la retórica de la guerra, usada por la Administración Bush, la cual no ha sido puesta en duda por los medios de comunicación (es más, según indican GURRIONERO/ECHART/CANEL, “La cobertura del terrorismo como episodio terrorista y fatídico”, p. 4, con ulteriores referencias, después del 11-S “la prensa americana proyectó un patriotismo entendido como la misión de apoyar al Presidente, un Presidente que tenía que dirigir una nación en guerra contra el terrorismo) ni por la oposición (el candidato Demócrata en las últimas elecciones presidenciales, John Kerry, abrazó la metáfora de la guerra con entusiasmo, y llegó a afirmar que George Bush estaba haciendo demasiado poco en la guerra contra el terrorismo, y que si él salía elegido EEUU la ganaría), el Presidente se ha ganado a la opinión pública y (casi) todo el mundo piensa que estamos en medio de una “guerra contra el terrorismo” (ACKERMAN, “This is not a war”, pp. 1.876, texto y nota 15).

³⁹⁶ BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, p. 31.

³⁹⁷ BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, pp. 33-34. Para este autor, la individualización de la guerra podría llevar a la muerte de la democracia puesto que “los gobiernos tendrían que unirse con otros gobiernos contra sus ciudadanos para conjurar los peligros que vendrían de éstos”. Y, es que, ciertamente, el hombre como mero objeto de control es aquello que caracteriza a un régimen totalitario (cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 176). Así, sobre el concepto de Estado de vigilancia, que se caracterizan por la transformación del Derecho Penal en leyes de policía orientadas al control de riesgos, véase ALBRECHT, “Respuestas legislativas al 11 de septiembre”, p. 1.156.

nacional y los agentes de policía pueden ver en tiempo real y con alta resolución imágenes de hechos que estén sucediendo en cualquier parte del mundo. Sin embargo, como indican algunos defensores de los derechos y libertades civiles, esta posibilidad es intrusiva, omnipresente e invisible y, en consecuencia, muy peligrosa³⁹⁸. En la misma línea, el Gobierno estadounidense ha tenido acceso a los datos bancarios de miles de personas en todo el mundo, escudado en su batalla contra el terrorismo internacional y en paralelo a su programa de escuchas telefónicas y de intervención de correos electrónicos. De este modo, las autoridades se han hecho con una base de datos de transacciones financieras privadas en la que constaba el nombre, número de teléfono, número de cuenta y otra información de los usuarios bancarios, que, en su mayoría, no tienen nada que ver con grupos terroristas³⁹⁹. De hecho, las medidas de vigilancia electrónica previstas en la *Patriot Act* son tan intrusivas⁴⁰⁰ que hay quienes comparan la situación actual en los EEUU con la de la película *Minority Report*, que presenta una nación donde la sociedad está totalmente vigilada⁴⁰¹. Según indican, con excepción de los “*Pre-cogs*” (los cuales pueden predecir futuros crímenes), las técnicas de vigilancia que aparecen en el mencionado film ya existen en su país o están en proyecto⁴⁰².

En consecuencia, los sistemas democráticos están librando esta guerra no sólo en el suelo de terceros Estados, de un modo tangible⁴⁰³, y contra ciudadanos extranjeros⁴⁰⁴, sino también contra su propia población, puesto que cualquier miembro de tales sociedades puede ser un

³⁹⁸ Cfr. *The Wall Street Journal* de 15 de agosto de 2007 (online.wsj.com) y *The Washington Post* de 16 de agosto de 2007 (www.washingtonpost.com).

³⁹⁹ Cfr. *The Washington Post* y *The New York Times* de 23 de junio de 2006.

⁴⁰⁰ Sobre estas medidas y los problemas que plantean a la luz de la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense, que garantiza el derecho a la privacidad de los ciudadanos, véase, especialmente, el análisis que realiza MELL, “Big Brother at the Door”, pp. 375 ss.

⁴⁰¹ STANLEY/STEINHARDT, “Bigger Monster, Weaker Chains”, p. 55.

⁴⁰² STANLEY/STEINHARDT, “Bigger Monster, Weaker Chains”, p. 56.

⁴⁰³ Así, en Irak y Afganistán.

⁴⁰⁴ Piénsese en la *Military Commissions Act* de 2006 y en la *Executive Order Trial of Alien Unlawful Enemy Combatants by Military Commission* (véase *supra* nota 387), que definen al (combatiente enemigo ilegal) extranjero (“*alien*”) como aquél que no es ciudadano de los EEUU.

combatiente enemigo⁴⁰⁵. Así, pues, el campo de batalla de la nueva guerra contra el terrorismo se sitúa en cualquier rincón del planeta⁴⁰⁶.

En segundo lugar, el uso de la prisión preventiva como medida asegurativa de inocuización perpetua de sujetos peligrosos es, en mi opinión, la consecuencia más llamativa del *slogan* “guerra contra el terrorismo” en el ámbito del Derecho Penal. Si, como indica el Juez Hudson⁴⁰⁷, “la historia ha probado que EEUU está en guerra con la organización terrorista internacional Al Qaeda”, cualquiera de sus miembros o sus colaboradores puede ser encerrado por razones preventivas para evitar que vuelva al “campo de batalla”⁴⁰⁸, mientras el “conflicto” permanezca⁴⁰⁹. Lo que ocurre es que lo que él (y otros) denominan guerra es, en realidad, criminalidad, y el mencionado “campo de batalla” es equiparable con cualquier lugar en que se cometa un hecho delictivo. De este modo, se consigue inocuizar indefinidamente a todos los sujetos que se consideren peligrosos para la seguridad nacional, sin necesidad de hacerse ninguna imputación concreta contra ellos. Y, digo indefinidamente, no sólo en el sentido de indeterminado, sino también en el de inacabable⁴¹⁰. Es decir, no es únicamente que, de entrada, no se establezca el tiempo que va a durar la prisión preventiva –como ocurre en una guerra tradicional, en la que no se conoce el momento de la liberación ya que nadie puede saber cuanto más va a perdurar ese conflicto-. Además, en la guerra contra el terrorismo, la detención de los

⁴⁰⁵ Véase EARLEY, “The War on Terrorism and the Enemy Within”, *passim*. Es muy crítico con la expansión de la inteligencia militar en el ámbito doméstico HEYMANN, *Terrorism, Freedom and Security*, pp. 32-33.

⁴⁰⁶ En este sentido, la Administración Bush ha declarado que hasta el territorio de los EEUU es zona de combate en la “guerra global contra el terrorismo” (cfr. GOLOVE/HOLMES, “Terrorism and Accountability”, pp. 4-5).

⁴⁰⁷ Véase su voto disidente en la decisión del caso *Hamdi v. Rumsfeld* (03-6696) 542 U.S. 507 (2004).

⁴⁰⁸ En la decisión del caso *Hamdi v. Rumsfeld*, la Corte Suprema de los EEUU indica que “el cautiverio en la guerra no es ni venganza ni castigo, sino únicamente **custodia preventiva**, el único propósito de la cual es evitar que los prisioneros vuelvan a participar en ella” (negrita añadida).

⁴⁰⁹ En este sentido, STOELTING, “Military Commissions and Terrorism”, p. 435, pone de relieve que la calificación “tiempos de guerra” y “combatientes enemigos” legitima la detención indefinida por autoridades militares, así como el uso de tribunales militares. Véase, también, TAFT IV, “War Not crime”, pp. 224 ss. Además, este autor pone de relieve que la posibilidad de detener sin cargos a cualquier combatiente enemigo también facilita su interrogación y la obtención de información vital para la seguridad nacional, aunque el sujeto en cuestión no haya cometido ningún crimen.

⁴¹⁰ Según el diccionario de la Real Academia Española “indefinidamente” significa tanto “de modo indefinido”, esto es, que no tiene término señalado, como “de modo inacabable”, es decir, que no se puede acabar (www.rae.es).

combatientes enemigos podría durar toda su vida⁴¹¹, puesto que, como cualquier forma de delincuencia perteneciente al núcleo duro del Derecho Penal, no es previsible que termine a corto o medio plazo⁴¹² –incluso, es posible que no termine nunca; de aquí que se la denomine “guerra sin fin”⁴¹³–.

Sin duda, ésta es una táctica mucho más perversa que la de denominar pena a una medida de seguridad⁴¹⁴ y, además, va mucho más allá del tradicional Derecho Penal de autor⁴¹⁵. Como es sabido, tal Derecho se caracteriza porque reacciona frente a “estados peligrosos”, es decir, maneras de ser, y no frente a hechos⁴¹⁶. Sin embargo, en la “guerra contra el terrorismo”, la ideología, el origen, la raza y la religión profesada son suficiente motivo para detener y encerrar a las personas en prisiones militares por tiempo indefinido y sin la asistencia de un abogado.

Desde septiembre de 2001, los inmigrantes de países musulmanes en los EEUU han sido tratados como sospechosos de terrorismo y detenidos preventivamente con base en su etnia o su origen nacional⁴¹⁷. De este modo, en los dos años y medio posteriores a los atentados del 11-S, cinco mil nacionales estadounidenses de raza árabe fueron detenidos como sospechosos de haber participado en tales hechos sin acceso a un abogado. Sin embargo, finalmente no se involucró a ninguno de ellos en los atentados del 11-S⁴¹⁸, por lo que, hasta la fecha, nadie ha sido condenado por los ataques perpetrados contra el *World Trade Center* y el Pentágono⁴¹⁹. De hecho, sólo tres

⁴¹¹ Así, la propia Sentencia del caso *Hamdi v. Rumsfeld* reconoce que, desde esta perspectiva, la detención de Hamdi podría alargarse hasta el fin de sus días, puesto que, según indica, la Administración Bush ha declarado que la guerra contra el terrorismo no va a cesar, al menos, durante las próximas dos generaciones. En la doctrina, véase TAFT IV, “War Not crime”, p. 226, quien para paliar la prisión de por vida de los combatientes enemigos propone una revisión individual periódica que ponga de relieve las intenciones de cada capturado en caso de ser liberado; y MCCARTHY, “Torture: Thinking about the Unthinkable”, p. 101, autor que considera inaceptable la detención indefinida de los miembros de *Al Qaeda*.

⁴¹² En el mismo sentido, COLE, “Enemy Aliens and American Freedoms”.

⁴¹³ En este sentido, ACKERMAN, “The Emergency Constitution”, p., 1.033; y DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 21, ponen de relieve que la guerra contra el terrorismo podría no acabar nunca. Por esta razón, se la denomina “guerra sin fin”.

⁴¹⁴ Véase *infra* 2ª.V.1.

⁴¹⁵ Sobre este concepto, véase, muy ampliamente, GÓMEZ MARTÍN, *El Derecho Penal de autor, passim*.

⁴¹⁶ PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 62-63.

⁴¹⁷ Cfr. COLE, David, “Enemy Aliens”, p. 957.

⁴¹⁸ COLE, “The Priority of Morality”, pp. 1.753-1.754.

⁴¹⁹ Cfr. COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, p. 10. Así, COLE, “The Priority of Morality”, pp. 1.755 ss., concluye que las detenciones preventivas en masa “sin sospecha” son

personas (¡de las cinco mill!) fueron acusadas de algún delito relacionado con el terrorismo, de las cuales dos fueron absueltas. La única condena (por conspiración para apoyar alguna actividad de terrorismo no especificada en un futuro tampoco concretado) fue muy cuestionada, puesto que se puso en evidencia que el principal testigo había mentado en el estrado⁴²⁰. Además, muchos de ellos han sido deportados por infracciones de las leyes de inmigración que antes del 11-S eran absolutamente toleradas⁴²¹. Y es que la mayoría de las previsiones en materia de inmigración contenidas en la *Patriot Act* de 2001 no se centran en los actos de violencia sino en la ideología política o religiosa de las personas⁴²². Del mismo modo, un estudio realizado en 2006 muestra que de los detenidos en Guantánamo hasta ese momento sólo un 8% eran sospechosos de ser luchadores de *Al Qaeda* o del régimen talibán⁴²³.

En tercer lugar, con tal *slogan* se ha intentado dar apariencia de legitimidad a guerras preventivas⁴²⁴ contra Estados acusados de colaborar con el terrorismo, esto es, principalmente Afganistán⁴²⁵, y ello ha comportado la militarización de la empresa antiterrorista⁴²⁶, a nivel internacional.

ineficaces y, además, anticonstitucionales. Por ello, critica duramente la propuesta de ACKERMAN de legitimar la suspensión del procedimiento de *habeas corpus* durante situaciones de emergencia (véase ACKERMAN, “The Emergency Constitution”, pp. 1.029 ss.).

⁴²⁰ COLE, “The Priority of Morality”, pp. 1.753-1.754.

⁴²¹ Así, COLE, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms*, p. 48, considera que, en este contexto, más que de “guerra contra el terrorismo” hay que hablar de “guerra contra los inmigrantes”.

⁴²² COLE/DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution*, p. 15.

⁴²³ COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, p. 9.

⁴²⁴ Sobre esta clase de guerra, véase COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, pp. 70 ss.

⁴²⁵ En el mismo sentido, LOBEL, “The War on Terrorism and Civil Liberties”, p. 790. Y, es que, como pone de relieve SCHARF, “Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes”, p. 365, una de las consecuencias (que para este autor es positiva) de equiparar el terrorismo con un crimen de guerra es que, entonces, el Estado está legitimado para usar fuerza militar en legítima defensa contra un grupo terrorista físicamente localizado dentro de los límites de otro Estado.

⁴²⁶ Esto es, la militarización del personal que debe reprimir este fenómeno (CLARK, *¿Qué ha fallado en Irak?*, p. IX). Sin embargo, como apunta JÁUDENES JORDANO, “Fuerzas armadas y terrorismo”, p. 88, el empleo de las fuerzas armadas en la lucha contra el terrorismo “es de difícil ejecución en un régimen democrático occidental sin poner en peligro la propia existencia del sistema”. En este sentido, REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 159, pone de relieve que “plantearse combatir el terrorismo, tal y como éste acontece en los países desarrollados y gobernados de acuerdo con fórmulas democráticas, mediante procedimientos principalmente militares, constituye una peligrosa desmesura basada por lo común en la falaz consideración de dicho fenómeno como una actividad bélica que, por su gravedad en términos de seguridad nacional, reclamaría la prioritaria implicación de las fuerzas armadas para mejor contrarrestarla”.

Finalmente, la etiqueta “guerra contra el terror” contiene las siguientes paradojas (aunque, obviamente, nunca serían aceptadas por los EEUU). Por un lado, mientras que el ataque deliberado a civiles no está permitido por el Derecho de Guerra, es legal atentar contra instalaciones militares. Así, una ofensiva terrorista contra el Pentágono, por ejemplo, sería legítima⁴²⁷. Por el otro lado, en el caso –ciertamente hipotético- de acabar con el terrorismo global en un periodo breve de tiempo, todos sus miembros deberían quedar automáticamente en libertad y ser repatriados. Así, se estaría dando la razón a aquellos grupos terroristas que, en los procesos de paz, imponen, como condición *sine qua non* para el cese de la violencia, la liberación inmediata de todos sus miembros. Además, las víctimas del terrorismo verían como algunos de sus verdugos son liberados, transcurrido un corto plazo desde su encarcelamiento.

3. Supuestos en los que un atentado terrorista es a la vez crimen y ataque armado exterior

El tercer ámbito en el que es posible hablar de relación entre crimen y guerra es el de actos de terrorismo realizados por un Estado o con su beneplácito, contra otro. El Derecho Internacional legitima a los gobiernos a luchar⁴²⁸ contra “ataques desde el exterior”⁴²⁹, los cuales

Sea como fuere, esta práctica también se está extendiendo para luchar contra otras clases de delincuencia organizada. En este sentido, es muy ilustrativa la noticia aparecida en *El País* de 1 de noviembre de 2006 (edición impresa, p. 9), que tenía el siguiente titular: “Roma sopesa mandar el Ejército a Nápoles”, y seguía en el cuerpo de la noticia, “como fuerza de orden público”, “en unas calles dominadas por la Camorra, la mafia local, y por una delincuencia juvenil rampante”. Por último, sobre la militarización del Derecho Penal véanse, también, ALBRECHT, “Respuestas legislativas al 11 de septiembre”, pp. 1.154 ss.; PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización”, p. 113; y PORTILLA CONTRERAS, “Globalización del antiterrorismo”, p. 31.

⁴²⁷ En este sentido, CLARK/RAUSTIALA *Why Terrorists Aren't Soldiers*. También PÉREZ GONZÁLEZ, “Terrorismo y conflictos armados”, p. 88, indica que, desde la óptica del Derecho de la Guerra, el Pentágono es un objetivo legítimo dado su carácter militar. Sin embargo, como se ha puesto de relieve, la normativa estadounidense que regula esta materia ya se ha encargado de proclamar “crimen de guerra” tales conductas (véase *supra* en el apartado anterior).

⁴²⁸ ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, p. 283, pone de relieve que los Estados miembros de las Naciones Unidas “han renunciado al recurso unilateral a la fuerza, salvo en legítima defensa” (véase el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas que establece que “ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas”). Sobre esta cuestión, respecto al concreto caso de Afganistán, véase DUFFY, *The “War on Terror”*, pp. 188 ss.

también pueden presentarse como atentados terroristas⁴³⁰. Por tanto, si un “crimen” es a la vez un “ataque armado exterior”, es posible reaccionar con una guerra a un delito⁴³¹. Sin embargo, lo que no puede existir son guerras sancionadoras, es decir, una guerra de estas características no ha de tener como móvil principal el castigo⁴³². Por el contrario, esta misión sólo le corresponde al Derecho Penal, para quien entienda que el fin de la pena es, en todo o en parte, la retribución.

Así, pues, éste es el ámbito en el que hay que analizar la guerra de Afganistán después del 11-S⁴³³. De lo dicho en los apartados anteriores se desprende que los atentados al *World Trade Center* y al Pentágono fueron

⁴²⁹ Cfr. ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, pp. 288 ss.

⁴³⁰ Sin embargo, a juicio de ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, pp. 292 ss., “dificilmente el concepto de ataque armado incluye o puede incluir la implicación de un Estado en actos o actividades terroristas contra otro Estado”. Los requisitos para aceptar que actos terroristas son ataques armados que pueden dar lugar al ejercicio del derecho a la legítima defensa son dos: que los actos de fuerza sean graves y que “sean atribuibles a un Estado”, lo que, sin duda, ocurre cuando un país envía bandas armadas terroristas a otro. Ahora bien, como pone de relieve REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, pp. 199 ss., “existe gran controversia entre diplomáticos y juristas sobre si el respaldo logístico o la concesión de refugio a terroristas, son suficientes para acusar al Estado que así proceda de implicación en las actividades armadas perpetradas por aquellos contra otros países, justificando de este modo el recurso a la fuerza de los últimos en el territorio del primero”. Además, este autor añade problemas morales y técnicos puesto que puede producir numerosos muertos y heridos inocentes entre la población civil y radicalizar las posiciones de los adversarios. También PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, p. 179, indica que en el Derecho Internacional parece del todo incierta la interpretación del término “ataque armado exterior”: “si ello reclama una ‘dirección’ de los ataques a través de otros Estados, si es suficiente el ‘apoyo’ de esos otros Estados o quizá basta su ‘tolerancia’”.

⁴³¹ Así, no estoy de acuerdo con PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, p. 178, cuando indica que “según se haya producido una guerra o un crimen, la respuesta será guerra o persecución penal”, puesto que frente a un crimen que también sea un ataque armado puede reaccionarse con una guerra.

⁴³² Cfr. PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, pp. 179-180, quien pone de relieve que no es posible de adoptar “medidas sancionadoras con el empleo de las armas”. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización”, p. 111. Posiblemente, el efecto más devastador de una guerra retributiva sea la idea de castigo colectivo (sobre esta cuestión, véase GOLOVE/HOLMES, “Terrorism and Accountability”, p. 7; y PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización”, p. 113).

⁴³³ Los siguientes casos constituyen otros ejemplos: las incursiones de Israel contra algunos Estados árabes, en particular Líbano; los bombardeos aéreos de los EEUU a Libia, el 14 de abril de 1986, a Bagdad, el 26 de junio de 1993, a Afganistán y Sudán, el 20 de agosto de 1998; o los ataques llevados a cabo por la República de Sudáfrica contra Angola, Bostwana, Lesotho, Zimbabwe y Zambia (cfr. ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, p. 297).

actos terroristas (delictivos)⁴³⁴. Ahora bien, ¿fueron también un ataque armado⁴³⁵ que justificase el derecho de legítima defensa⁴³⁶? Ciertamente, responder a esta pregunta es algo que excede de las pretensiones de este trabajo. La doctrina internacionalista es la llamada a resolver esta cuestión. Además, la realidad es que las el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas autorizó la respuesta armada a los atentados⁴³⁷. Sin embargo, parece claro que el móvil de tal acción belicista fue principalmente la venganza, por lo que, en este trabajo, me posiciono junto a los penalistas que tacharon de ilegal tal invasión⁴³⁸.

V. ¿QUÉ ACTOS DE LOS PRACTICADOS POR MIEMBROS DE BANDAS ARMADAS TERRORISTAS TIENEN ESTA NATURALEZA?

Como se ha indicado, cualquier banda armada, para ser considerada terrorista, tiene que ejecutar, ante todo, delitos violentos contra las personas: homicidios, lesiones, secuestros, estragos e incendios, principalmente. Ahora bien, en orden a mantener la infraestructura de la organización y con tal de cometer tales delitos-fin, también realiza, principalmente, infracciones contra la propiedad y el patrimonio para financiar su actividad, falsedades para encubrir su identidad, y es habitual la tenencia y el depósito de armas y explosivos. Es decir, junto a los delitos-fin, una organización terrorista ejecuta distintos delitos-medio⁴³⁹.

⁴³⁴ En este sentido, DUFFY, *The “War on Terror”*, p. 84, opina que los eventos del 11-S no encajan en la categoría de conflicto armado; GARZÓN, “La respuesta”, afirma que “estamos ante un delito atroz, pero ante un delito al fin y al cabo”; y PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, p. 179, considera que “dentro del contexto de la ciencia penal no hay ninguna duda en la clasificación de los atentados como delito”.

⁴³⁵ De hecho, según indica CLARK, *¿Qué ha fallado en Irak?*, p. X, no era una exageración comparar los atentados del 11-S con una acción de guerra. De hecho para el público, para la opinión pública y para los medios de comunicación los atentados fueron crimen y guerra: “ataque a América” y ‘atentado terrorista’, ‘guerra contra Estados Unidos’ y ‘monstruosa matanza”.

⁴³⁶ Considera ilegítimas las guerras contra Afganistán e Irak desde la perspectiva de la legítima defensa PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización”, p.111. A su juicio, los ataques del 11-S “no fueron dirigidos por ningún Estado concreto, ni fueron preparados por ciudadanos de una nacionalidad determinada”.

⁴³⁷ Resoluciones 1368 y 1373. Son críticos con esta decisión GARZÓN, “La respuesta”; y PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, pp. 179 ss.

⁴³⁸ GARZÓN, “La respuesta”; PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización”, p. 111; y PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, p. 176.

⁴³⁹ Para hacer referencia a los delitos cuya comisión persigue en último término una banda armada, se seguirá la nomenclatura de SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o

Además, la realización de amenazas con la intención de producir más miedo, tanto a nivel individual como colectivo, refuerza la sensación de inseguridad entre la ciudadanía. Por último, los daños materiales suelen ser el principal efecto colateral de muchos atentados.

De este modo, no cualquier delito cometido por un miembro de una organización terrorista puede tener esta consideración. Pese a que el art. 574 CP⁴⁴⁰ agrava, de modo general, todas las infracciones previstas en el Código Penal cuando el sujeto activo pertenece a una banda armada u organización terrorista, hay que establecer límites a este precepto. De entrada, hay que excluir todos aquellos delitos que no guarden ninguna relación con la actividad de una organización terrorista, bien porque la propia configuración del tipo penal no lo permite⁴⁴¹, bien por los motivos que impulsaron la comisión del concreto acto⁴⁴².

Por un lado, el maltrato doméstico, la bigamia⁴⁴³ o el acoso sexual⁴⁴⁴, por ejemplo, son delitos que no están relacionados de ningún modo con el terrorismo⁴⁴⁵. No constituyen delitos-fin, puesto que no son aptos para

“intervención?””, pp. 1.069 ss., **delitos-fin**. Ahora bien, una banda armada también realiza otros delitos que garantizan la ejecución de aquéllos. Por tanto, las infracciones penales que sirven como medio para la ejecución de delitos-fin se denominarán, en este trabajo, **delitos-medio**. Los casos paradigmáticos son los siguientes: las distintas modalidades de robo, extorsión, tenencia y tráfico de armas y materiales explosivos y falsedades, especialmente documentales (falsificación de DNIs). Y, es que, como pone de relieve GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 124, en una organización criminal, los fines y los medios adecuados para alcanzar aquéllos son inseparables.

⁴⁴⁰ Que reza: “*Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571 [esto es, subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública], serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior*”.

⁴⁴¹ De entrada, por ejemplo, como indica MARTÍNEZ CARDOS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 486, “las infracciones leves no merecen el calificativo de terroristas”.

⁴⁴² En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 122, pone de relieve que no se computan a una asociación ilícita los delitos cometidos por sus miembros, ajenos al ideario de la banda. Sobre esta cuestión, véase, también, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 42.

⁴⁴³ SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 186, opina que debe existir una conexión, directa o indirecta, entre el delito de que se trate con las finalidades o actividades terroristas, lo que no ocurre, por ejemplo, en el delito de bigamia.

⁴⁴⁴ Como afirma CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 194, “un delito de acoso sexual nunca podría ser terrorista”.

⁴⁴⁵ Como indica FERNÁNDEZ GARCÍA, “Delitos contra el orden público”, p. 337, “multitud de conductas tipificadas como delito o falta no pueden dar base a la punición como terrorismo”, y cita como ejemplos los delitos de aborto, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, los delitos contra los consumidores, propiedad

crear el temor social, ni tampoco sirven como medio para que aquéllos se lleven a cabo. Por el otro lado, un miembro de una organización terrorista puede cometer hechos delictivos concretos por razones o motivos ajenos al ideario de la banda armada, aunque sean de la misma especie que los habitualmente ejecutados por ésta. Así, por ejemplo, un homicidio producto de los celos conyugales quedaría al margen de la actividad terrorista⁴⁴⁶. Por tanto, hay que diferenciar los hechos delictivos cometidos por un miembro en cuanto perteneciente, de los actos llevados a cabo en cuanto particular⁴⁴⁷. En este segundo grupo de casos, el motivo que impulsa a obrar al sujeto no tiene nada que ver ni con la creación de terror social ni con la coacción a un Gobierno determinado, en orden a una consecución política.

Así, por ejemplo, la SAN de 31 de octubre de 2007 (ponente Gómez Bermúdez), condena a un sujeto por colaboración con banda armada en los atentados del 11-M, así como por un delito de tráfico de drogas común que nada tenía que ver con su actividad terrorista.

De este modo, tan terrorista es el secuestro y posterior asesinato de Miguel Ángel Blanco, que pretendía obtener el acercamiento de los presos al País Vasco coaccionando directamente al Gobierno; como el atentado del *Hípervor*, dirigido a atemorizar a la población; como cualquier delito (medio o fin) relacionados con esos fines: falsedades, robos, o amenazas y asesinatos de funcionarios de prisiones, policías, políticos, jueces y magistrados, periodistas, etc.⁴⁴⁸.

intelectual e industrial y los delitos sociales. De este modo, siguiendo a PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.489, el art. 574 CP “debe ser sometido a restricciones lógicas, en función del tipo de actividad que se pretende sancionar”, puesto “que muchos delitos de la parte especial carecen de relación con esta modalidad delictiva, y por tanto para su relevancia típica habrá que establecer su vinculación con el propósito perseguido, la alteración del orden constitucional y la paz pública”.

⁴⁴⁶ En el mismo sentido, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 42, propone el siguiente ejemplo: “el miembro de una organización terrorista que por motivos personales –odio o venganza- o económicos, incendiare un inmueble”.

⁴⁴⁷ En realidad, el propio tenor literal de los arts. 571 a 574 CP avala esta interpretación al nombrar a los sujetos activos en forma de gerundio (los que perteneciendo ... a banda armada terrorista ... ejecuten ...). De este modo, sólo pueden ser sujetos activos de los delitos de terrorismo quienes cometan un delito común en cuanto tales, esto es, en el desempeño de las funciones de su rol como miembro o colaborador.

⁴⁴⁸ Los delitos contra tales colectivos están conectados con aquellas finalidades, puesto que su existencia dificulta la continuidad de la organización terrorista y la consecución de sus fines, tanto desde un plano real (si ningún juez o magistrado encarcelara a los terroristas habría más miembros de dichas organizaciones, por ejemplo), como simbólico (personifican la represión del Estado). Además, produce un estado de miedo entre quienes pertenecen a ese colectivo

Sin embargo, hay conductas que plantean dudas respecto a su caracterización como terroristas, pese a realizarse por miembros de bandas armadas y violentas. Por ejemplo, las palabras del Papa Benedicto XVI, pronunciadas el 12 de septiembre de 2006, respecto al Islam, tuvieron represalias. En concreto, grupos de inspiración religiosa asesinaron a una monja en Somalia, amenazaron con atentar en Roma y atacaron distintas iglesias ubicadas en territorios árabes⁴⁴⁹. De modo similar, la publicación en un periódico danés de unas caricaturas de Mahoma, el 30 de septiembre de 2005, tuvo como consecuencia la provocación de varios incendios en Damasco (concretamente, en las embajadas danesa y noruega) y en Beirut (en el consulado danés) y la comisión de amenazas dirigidas contra la redacción en Copenhague del diario *Jyllands Posten*⁴⁵⁰. Como puede observarse, en ambas ocasiones, tales hechos criminales fueron una represalia a la libertad de expresión, es decir, una respuesta de castigo a unas opiniones sobre determinados aspectos de la religión musulmana. Por tanto, la cuestión que surge de estas consideraciones es si cualquier represalia al derecho a expresarse libremente es un acto terrorista, cuando se realiza por miembros de organizaciones que sí lo son.

Pues bien, para responder a este interrogante, considero que debe atenderse a la finalidad última pretendida por el grupo al que pertenecen: si éste persigue que los gobiernos occidentales cambien su política en materia religiosa, prohibiendo la libertad de culto, la represalia por la expresión de una opinión crítica con el Islam está directamente relacionada con ese fin⁴⁵¹. Del mismo modo, las consecuencias lesivas que se derivan de aquellas declaraciones realizadas contra la actividad de una banda armada también son actos terroristas. Por ejemplo, si un periodista muy crítico con los delitos ejecutados por una organización fuera asesinado por sus miembros, no habría duda sobre la existencia de un hecho de tal naturaleza. En cambio, no sería terrorista el homicidio de

⁴⁴⁹ Como es sabido, en esa fecha, Benedicto XVI desató la ira de los musulmanes con un discurso pronunciado en la Universidad alemana de Ratisbona (cfr. las noticias aparecidas en todos los periódicos durante los días posteriores respecto a tales declaraciones y a las consecuencias que suscitaron).

⁴⁵⁰ Respecto a la cronología de esta crisis véase la siguiente página web: http://es.wikipedia.org/wiki/Caricaturas_de_Mahoma_en_el_peri%C3%B3dico_Jyllands-Posten (última fecha de visita el 13 de octubre de 2008).

⁴⁵¹ En este sentido, las amenazas realizadas por *Al Qaeda* al dibujante de un periódico sueco, el *Nerikes Allehanda*, por representar el rostro del profeta Mahoma en la figura de unos perros, y al redactor jefe del diario deben considerarse terroristas (cfr. *El País* de 17 de septiembre de 2007).

una persona que se burlase públicamente de un club de fútbol, por ejemplo, por parte de un miembro de ETA forofeo de tal equipo.

Por último, hay que poner aquí de relieve, una vez más, que los atentados contra la población civil cometidos por los miembros de una organización terrorista que no persigan un fin político, en los términos establecidos en este trabajo, no pueden constituir delitos de tal naturaleza. De este modo, respecto al terrorismo global liderado por *Al Qaeda*, se tiene que puntualizar que algunos de los atentados que se cometen en este ámbito son subsumibles en los crímenes de lesa humanidad, pero no en los delitos de terrorismo. En este sentido, se han mencionado, básicamente, los supuestos constitutivos de violencia sectaria y los ataques dirigidos contra ONGs y empresas petroleras privadas. Sin embargo, habría que incluir cualquier matanza generalizada con la finalidad de causar el caos, la destrucción y el miedo entre la población.

En definitiva, los delitos de terrorismo se tienen que cometer por sujetos en cuanto que pertenecientes (o colaboradores) de una organización de esas características, no como individuales, por un lado; y, por el otro, han de tener una vinculación con la actividad o finalidades de la organización.

VI. CONCEPTO DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Hasta aquí, pues, se ha determinado el concepto jurídico-penal de terrorismo que se considera adecuado para diferenciar este fenómeno de otras actividades delictivas, y, así, no castigar con la misma pena conductas cuyo contenido de injusto, bien cualitativa, bien cuantitativamente, es distinto. Ahora bien, falta por determinar si, de *lege lata*, tal concepto se asemeja al establecido en el Código Penal español. Por tanto, en las líneas que siguen se analizará el alcance del término terrorismo en nuestro ordenamiento jurídico, su interpretación por parte de los tribunales y los problemas que presenta, así como la forma de tipificación de estas infracciones y las distintas figuras de naturaleza terrorista que existen.

1. La tipificación autónoma del terrorismo

Ante todo, hay que indicar que las conductas delictivas realizadas por una organización terrorista pueden tipificarse de distintos modos en la ley

penal: en primer lugar, es posible tratar al terrorismo como un tipo propio y específico, esto es, como delito en sí mismo⁴⁵². En segundo lugar, dichas actividades pueden castigarse como delitos comunes (homicidios, asesinatos, lesiones, secuestros, estragos, etc.). De este modo, un homicidio, por ejemplo, sería un homicidio con independencia de su caracterización como acto terrorista. En tercer lugar, partiendo de la anterior posibilidad, el terrorismo puede configurarse como una agravación genérica o específica de los delitos comunes por razón de su base organizativa y/o la concreta finalidad perseguida⁴⁵³. En esta hipótesis, o bien podría establecerse una agravación en la parte general de un Código Penal⁴⁵⁴, o bien en la parte especial dentro de la sección, título o capítulo de los delitos más característicos o frecuentemente realizados por este fenómeno; en cuarto lugar, los actos terroristas pueden castigarse mediante el concurso de infracciones entre el concreto delito cometido y la pertenencia a banda armada⁴⁵⁵. Por último, es posible configurar un grupo de delitos autónomos bajo el rótulo “Delitos de terrorismo” con determinados rasgos distintivos y con penas más elevadas.

Así, pues, nuestro ordenamiento jurídico-penal ha optado por esta última posibilidad. En el Código Penal de 1995, el terrorismo no sólo constituye una circunstancia que agrava los delitos comunes sino que conlleva la creación de una sección autónoma⁴⁵⁶. Bajo el rótulo “De los delitos de terrorismo”, en los arts. 571 a 580, dentro de los delitos contra el orden público (Título XII, Capítulo V, Sección 2ª)⁴⁵⁷, se configuran varios tipos

⁴⁵² Un ejemplo de esta forma de regulación lo constituye el art. 1.2 de la Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1987, que define el delito de terrorismo del siguiente modo: “*Se entiende por terrorismo los actos criminales contra el Estado cuyo fin o naturaleza es la de provocar el terror contra personalidades determinadas, grupos de personas o en el público*”.

⁴⁵³ Que si toma en cuenta el elemento estructural para la agravación se denomina modelo “objetivo”; y, si también toma en cuenta la finalidad perseguida por el grupo terrorista se denomina sistema “mixto subjetivo-objetivo” (cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 71; y GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 41).

⁴⁵⁴ Ésta es la opción que le parece más adecuada a GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 248 (quien, además, aboga por la tipificación específica en la parte especial de las conductas de pertenencia y colaboración con banda armada) y es la que acogió el Proyecto de Código Penal de 1992.

⁴⁵⁵ Cfr. BUENO ARÚS, “Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas”, aptdo. II.

⁴⁵⁶ En este sentido, COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1.125, consideran que “la sustantividad criminológica de estos delitos confiere particular sentido a una regulación autónoma”.

⁴⁵⁷ En mi opinión, hubiera sido más acertado ubicar estos delitos dentro del Título XXI del Libro II del Código Penal, bajo el epígrafe *delitos contra la Constitución*, pues la finalidad última del terrorismo persigue atentar contra los mecanismos democráticos recogidos en las Constituciones (en el mismo sentido, BUENO ARÚS, “Legislación penal y penitenciaria

penales autónomos, de los cuales algunos toman como referencia a las infracciones comunes⁴⁵⁸ y otros son delitos de colaboración con banda armada.

Por tanto, como indica un sector de la doctrina, únicamente la finalidad que persigue el fenómeno terrorista con la ejecución de las infracciones comunes es susceptible de elevar los delitos de terrorismo a la condición de tipos penales en sí mismos, esto es, a categoría autónoma delictiva⁴⁵⁹. Así, dicha autonomía sólo es plenamente legítima si el fin del terrorismo

comparada en materia de terrorismo”, p. 119; CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 54 y 168; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 81; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.606; y GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 59). Sin embargo, a juicio de CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 167, “la tensión entre fines políticos y ‘delito político’ en el sentido del art. 13.3 CE es la que ha conducido a no ubicar estas infracciones entre las dirigidas ‘contra la Constitución’” (en el mismo sentido, GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 204). De otra opinión, GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 63, propone de *lege ferenda* “la inclusión de la tipificación del terrorismo en el Código Penal español en el Título XXIV, dentro de los *Delitos contra la Comunidad Internacional*, junto al genocidio, a los crímenes de guerra y a los crímenes de *lesa humanidad*”. No obstante, si bien es cierto que el terrorismo atenta contra valores esenciales compartidos por la Comunidad Internacional –y, además, como se ha dicho, el terrorismo global vulnera la paz internacional- el elemento característico del terrorismo viene determinado por el ataque a los sistemas democráticos.

⁴⁵⁸ En concreto los agravan. Sin embargo, estos delitos son algo más que una mera agravación de los comunes: son tipos autónomos aunque su estructura se construya sobre aquéllos. Así, como indica MARTÍNEZ-CARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 485, el terrorismo “atribuye a los delitos comunes calificados un elemento de injusto característico”.

⁴⁵⁹ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 238, considera que el carácter de la finalidad política es el título básico, “no de la incriminación penal, sino de la específica calificación terrorista”; y GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.604, afirma que “el desvalor añadido de estos comportamientos no radica (...) en el medio (violento) utilizado para perseguir un objetivo o fin político (...), sino, (...), en la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública”. Es decir, en la finalidad del terrorismo “se fundamenta la calificación de delitos comunes como delitos de terrorismo”. Téngase en cuenta que, por ejemplo, los estragos están tipificados como delitos comunes y, por tanto, causar una explosión de grandes dimensiones, si no va acompañada del fin de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no se considera un acto terrorista. La misma opinión se refleja en el voto particular que el magistrado Gómez Bermúdez realiza a la SAN de 30 de junio de 2000 (ponente Díaz Delgado): “aunque doctrinalmente se discuta si los delitos del art. 572 CP son tipos autónomos o subtipos agravados, no hay duda de que se trata de delitos comunes a los que se adiciona la finalidad de subvertir el orden constitucional o la alteración grave del orden público o la paz ciudadana (paz pública). Y esa adición hace que estemos ante un delito autónomo -no simplemente ante un subtipo cualificado- (...) atendiendo a la finalidad específica que el tipo exige a la acción”.

se circunscribe a la subversión del orden democrático y a la alteración de la paz pública.

De este modo, los medios delictivos violentos y reiterados que usa dicho fenómeno convierten conductas que en principio son lícitas (defender determinadas ideas políticas) en delictivas⁴⁶⁰; mientras que la finalidad que persiguen con su ejecución comporta que una conducta delictiva común sea terrorista, y no meramente agravada como sucede en el resto de criminalidad organizada guiada, básicamente, por fines lucrativos⁴⁶¹. En estos supuestos, según la doctrina el fundamento de la agravación radica,

⁴⁶⁰ En este sentido, se ha pronunciado un sector muy amplio de la doctrina: MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 18, considera que “la violencia, aun pretendidamente justificada por una finalidad política, es inadmisibles en una sociedad democrática que, por ello, dispone de instrumentos jurídicos que permiten el cambio, el progreso y el desarrollo a través de la persuasión política”; FERRACUTI, *Terrorismo Internacional*, p. 172, opina que en el fenómeno terrorista lo censurable no son los fines perseguidos, sino los medios utilizados, ya que en una democracia cualquier idea puede ser defendida sin necesidad de recurrir a la violencia; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 72, pone de relieve que el Derecho Penal no criminaliza el terrorismo por sus ideas ni por sus finalidades perseguidas, sino por los medios violentos empleados; LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, p. 550); REINARES, *Terrorismo Global*, p. 22; EL MISMO, *Terrorismo y Antiterrorismo*, pp. 31 y 106, considera que “el terrorismo supone siempre un extremismo en los medios, pero no necesariamente de los fines”; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 185. Ahondando en esta cuestión, HERRERO-TEJEDOR, “La ilegalización de partidos políticos del entorno terrorista”, p. 204, considera que “los **fines** contrarios a la Constitución resultan sin duda legítimos”, pues ello es manifestación del “pluralismo político consagrado como valor superior del ordenamiento”. Sin embargo, lo que no cabe en nuestro sistema es “el uso de **medios** contrarios a la Constitución para lograr la modificación de la misma”. Por el contrario, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.605, afirma que los fines del terrorismo “deben ser ilícitos en sí mismos y no sólo en virtud de los medios violentos utilizados para perseguirlos”. Sin embargo, en mi opinión, son los medios los que confieren a los fines terroristas la ilicitud. Como establece el Tribunal Constitucional (entre otras, la Sentencia 5/2004, de 16 de enero, ponente Conde Martín de Hijas), en nuestro ordenamiento no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, “un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento”.

⁴⁶¹ Así, por ejemplo, en los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores, se impone la pena superior en grado, “cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades” (art. 187.3º CP). Y, lo mismo ocurre en el ámbito de la producción, venta, distribución o exhibición de material pornográfico (art. 189.3 e) CP); en el capítulo dedicado a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 271 c) y 276 c) CP, respectivamente); en el título que versa sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis. 4 CP); y, por último, en el ámbito del tráfico de drogas (369.1.2 CP). Sobre estas agravantes, véase, más ampliamente, SUÁREZ GONZÁLEZ, “Organización delictiva, comisión concertada y organizada”, pp. 1.780 ss.

por un lado, en la mayor peligrosidad que la asociación transfiere a los delitos cometidos en su seno⁴⁶² -lo que podría definirse como un tipo de alevosía⁴⁶³ por razón de organización-; y, por el otro, en la mera existencia de la asociación criminal⁴⁶⁴. Ciertamente, la configuración de la delincuencia organizada conlleva un mayor grado de riesgo para los bienes jurídicos individuales que la delincuencia común⁴⁶⁵, es decir, el hecho de delinquir con la cobertura de una asociación comporta una mayor eficacia en la comisión de cada acto concreto y la posibilidad de reiteración en el futuro⁴⁶⁶. Además, determinadas modalidades de crimen

⁴⁶² Véanse ALBRECHT, “Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa”, p. 263; CANCIO MELIÁ, “Derecho Penal del enemigo y delitos de terrorismo”, p. 21; y GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 20. Por el contrario, según MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 165-166, la concepción de la organización terrorista “permite justificar por qué determinados comportamientos individuales, al ejecutarse en función de una planificación delictiva más amplia y de mayor trascendencia que la del mero acto criminal ejecutado, entrañan una amenaza de mayor gravedad para los bienes jurídicos protegidos que los realizados por cualquier persona física o conjunto de delincuentes no organizados”. A su juicio, la característica que jurisprudencialmente legitima la existencia de una normativa especial antiterrorista es la peculiaridad de la delincuencia terrorista como organizada. Sin embargo, este mismo argumento serviría para agravar de igual modo toda actividad delictiva violenta realizada con la cobertura de un grupo. Es decir, con esta concepción lo esencial del terrorismo es el sustrato organizado, no la finalidad que persigue con la ejecución de delitos, por lo que no estaría justificado tratar con mayor severidad el fenómeno terrorista, llegando a distinguir los delitos cometidos en su seno, que otras modalidades delictivas organizadas y violentas.

⁴⁶³ Como es sabido, el fundamento de dicha agravante prevista en el art. 22.1^a CP radica “en la mayor peligrosidad objetiva de los ataques a la vida que presentan tales características” (cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 34).

⁴⁶⁴ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 864. Así, por ejemplo, respecto a la agravación prevista en el art. 369.1.2^a en el ámbito del tráfico de drogas, GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II*, pp. 182-183, considera lo siguiente: su fundamento “se encuentra tanto en la superior capacidad de agresión al bien jurídico ‘salud pública’ por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que una estructura organizada supone, como en la neutralización de la acción estatal que se ve favorecida por la existencia de la estructuración y planificación”.

⁴⁶⁵ En el mismo sentido, la codelincuencia también se considera más peligrosa que la delincuencia individual. De aquí que los actos preparatorios sólo sean punibles cuando interviene más de un sujeto (así la conspiración, la proposición y la provocación). En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 340, fundamenta la punibilidad de los actos preparatorios en la “la especial *peligrosidad* que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal”.

⁴⁶⁶ Como ponen de relieve GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 56, “se considera más peligrosa la criminalidad de grupo que la individual, en la medida que facilita la comisión de delitos por los siguientes factores. Primero, porque en el seno del grupo se reducen o excluyen las tendencias de inhibición y los sentimientos de responsabilidad que si actúan en la delincuencia individual. Segundo, porque las asociaciones permiten la organización, es

organizado también tienen la capacidad de desestabilizar los sistemas político y económico, especialmente la mafia⁴⁶⁷, la corrupción y el blanqueo de capitales⁴⁶⁸. Sin embargo, en ellas no concurre el atentado simbólico a la democracia.

Por último, las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas se tipifican como asociaciones ilícitas en el art. 515.2º, y el art. 516 castiga la mera pertenencia a estas organizaciones⁴⁶⁹. A diferencia de lo que ocurre en los primeros delitos mencionados, que podríamos denominar delitos de terrorismo en sentido propio⁴⁷⁰, estos dos últimos preceptos se regulan en el Título XXI, Capítulo IV, Sección 1ª, que trata de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución.

De este modo, dentro de los delitos de terrorismo en sentido propio pueden distinguirse dos grandes grupos de conductas delictivas. Siguiendo la denominación propuesta por un sector de la doctrina⁴⁷¹ existen, por un lado, conductas materialmente terroristas, que son aquellas que están directamente encaminadas a lesionar los bienes jurídicos fundamentales, tales como la vida, la libertad personal y la integridad corporal (los arts. 571 a 574 son delitos comunes agravados); y, por el otro, conductas funcionalmente terroristas, las cuales consisten en la “colaboración material o anímica (apología) con la banda terrorista” (así, los arts. 575 y 576 tipifican delitos de colaboración material con una

decir, la construcción de estructuras orientadas a la planificación y comisión de delitos, así como la ulterior huida y encubrimiento de los mismos autores”:

⁴⁶⁷ Como se indicó *supra* III.1, los grupos mafiosos pretenden crear un sub-sistema normativo al margen del Estado y regirse por sus propias leyes.

⁴⁶⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, pp. 863-864.

⁴⁶⁹ En concreto, prevé las siguientes penas: “1. A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. 2. A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años”.

⁴⁷⁰ También MANZANARES SAMANIEGO, “Reformas penales en materia de terrorismo”, p. 1.010, usa la expresión “delitos de terrorismo en sentido estricto”.

⁴⁷¹ CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal*, p. 41; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 37 ss.; y MARTÍNEZ-CARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 486.

banda armada, el art. 577⁴⁷² castiga el terrorismo individual y el art. 578 prevé la apología del terrorismo)⁴⁷³.

Art. 571 CP: “*Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas*”.

Art. 572 CP: “*1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:*

- 1. En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.*
- 2. En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraran a una persona.*
- 3. En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.*

2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior”.

Art. 573 CP: “*El depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de seis a diez años cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en los artículos anteriores”.*

Art. 574 CP: “*Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior”.*

⁴⁷² Véase *infra* 3^a.III las razones por las que este delito se incardina entre las conductas funcionalmente terroristas y no entre las materialmente terroristas.

⁴⁷³ GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 205, distinguen entre delitos comunes cometidos por terroristas y colaboración con banda armada.

Art. 575 CP: “Los que, con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas señalados anteriormente, o con el propósito de favorecer sus finalidades, atentaren contra el patrimonio, serán castigados con la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración”.

Art. 576 CP: “1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos”.

Art. 577 CP: “Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales secuestros amenazas o coacciones contra las personas, o llevaran a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560 o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior”.

Art. 578 CP: “El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia,

durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código”.

Por último, la simple pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista, aunque no esté tipificada dentro de los delitos de terrorismo, constituye un tercer grupo de conductas delictivas terroristas, denominadas estructuralmente terroristas, cuya peligrosidad consiste “en la existencia y el fortalecimiento de la organización interna del grupo”⁴⁷⁴, aunque no produzcan ningún resultado lesivo por sí mismas⁴⁷⁵.

2. Las finalidades de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública

En nuestra legislación, no existe una definición jurídico-penal de terrorismo. Sin embargo, este concepto se obtiene a través de una interpretación sistemática de la regulación establecida en el Código Penal. El art. 571 se refiere a las bandas armadas, organizaciones o grupos “cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, y, a continuación, los arts. 572 a 577 cambian esta expresión por la palabra “terroristas”⁴⁷⁶. En consecuencia, es este elemento teleológico o finalístico lo que caracteriza a una asociación criminal como terrorista⁴⁷⁷.

Por su parte, la exposición de motivos de la LO 2/1998, de 15 de junio⁴⁷⁸, establece que “*subversión del orden constitucional* significa

⁴⁷⁴ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 37 ss.; y MARTÍNEZ-CARDÓS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, p. 486.

⁴⁷⁵ VERCHER NOGUERA, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, p. 424, utiliza otra nomenclatura. Este autor, distingue entre dos clases de infracciones dentro de los delitos de terrorismo: por un lado, los delitos ordinarios que adquieren la consideración de terroristas al ser realizados por pertenecientes a bandas armadas terroristas; y, por el otro, los delitos de terrorismo “per natura”, esto es, la pertenencia a grupos terroristas, la colaboración con banda armada y la apología de terrorismo.

⁴⁷⁶ En este sentido, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 259; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.607; GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 50; LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, apdo. II; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 904; y SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, “Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho”, p. 80.

⁴⁷⁷ Obsérvese como estas finalidades tiene que perseguirlas la asociación, no los individuos concretos, esto es, sus miembros o colaboradores. También así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 122.

⁴⁷⁸ Por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(gramaticalmente, pero también por interpretaciones históricas, contextuales e incluso de Derecho comparado) la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones, en tanto que *alterar gravemente la paz pública* supone una situación cualitativamente distinta (por su específica gravedad) de la alteración del orden público sancionada penalmente, de tal manera que se pongan en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática”.

A) Su equiparación en la ley

Así, pues, la normativa penal española equipara como finalidades del terrorismo la alteración de la paz pública y la subversión del orden constitucional⁴⁷⁹. No obstante, como se ha indicado⁴⁸⁰, ambos fines son muy distintos: por un lado, lo primero constituye el medio idóneo para conseguir lo segundo⁴⁸¹; por el otro, muchas otras conductas delictivas

⁴⁷⁹ En cambio, los arts. 270 *bis* y 280 CP italiano, por ejemplo, vincula al terrorismo, únicamente, con la subversión del orden democrático (sobre la asociación con finalidad terrorista en el ordenamiento italiano, véase VIGANÒ, “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho Penal: la experiencia italiana”, pp. 338 ss.).

⁴⁸⁰ *Supra* 1ª.II.4.B.

⁴⁸¹ En el mismo sentido, DE PRADA SOLAESA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, p. 74, considera que con la introducción de la finalidad de “alteración grave de la paz pública” junto a la finalidad de subversión del orden constitucional, se confunde “el fin próximo o medio utilizado por la actividad terrorista con el fin último” que, para este autor, es una finalidad política; y LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II, indica que “la alteración de la paz pública es, normalmente, el resultado más inmediato de las acciones terroristas”. También es de la misma opinión su discípulo CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 54. Y, en la jurisprudencia, se ha puesto de manifiesto en alguna ocasión que la alteración de la paz pública tiene como finalidad la subversión del orden constitucional (cfr. la STS de 29 de noviembre de 1997, ponente García-Calvo y Montiel, cuando establece que el terrorismo, “a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de **alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido**”; negrita añadida). Por último, GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 36 también aluden a que se mezclan medios y fines en la definición de terrorismo de la Decisión Marco (2002/475/JAI) sobre la lucha contra el terrorismo, de 13 de junio de 2002 y la Decisión Marco (2002/584/JAI) relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los Estados miembros. Según esta normativa, se cometen delitos terroristas cuando los hechos se cometan con alguna de las siguientes finalidades: “*intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o una organización internacional*”.

también siembran el miedo y la inseguridad entre la población. De este modo, pueden subsumirse en los delitos de terrorismo numerosos fenómenos delictivos que no tienen esta naturaleza⁴⁸², puesto que no persiguen ninguna finalidad política⁴⁸³. Así, por ejemplo, es posible calificar de terroristas las conductas llevadas a cabo por bandas delictivas

⁴⁸² Como pone de relieve GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 154, la mención, en el ámbito del terrorismo, de “la comisión de determinados delitos que ‘inciden gravemente en la seguridad ciudadana’ puede convenir a otras manifestaciones de la delincuencia que poco tienen que ver con el terrorismo”. En el mismo sentido, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 37, indica que “siendo la finalidad de subvertir el orden constitucional claramente política, (...) la de alterar gravemente la paz pública conlleva, (...), que no se pueda distinguir algunos delitos comunes, como los de desórdenes públicos, con los de terrorismo”.

⁴⁸³ Un sector de la doctrina apunta que mediante la alteración de la paz pública se desdibuja la finalidad política perseguida por el terrorismo, lo que algunos autores critican mientras a otros les parece acertado. Así, ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, p. 164, opina que “estimar que el factor dominante del concepto de terrorismo radica en su ‘incidencia en la tranquilidad y seguridad ciudadana’, no dando relevancia (...) a la intencionalidad política del sujeto (...), supone desconocer la naturaleza singular del terrorismo frente a otras formas de delincuencia, y genera una grave falta de seguridad jurídica al extender la restricción o suspensión de derechos fundamentales a los no terroristas”; CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1.388, afirma que “el legislador ha optado por una enumeración que va más allá del ataque a todo el sistema constitucional –al incluirse como finalidad de la organización también la de ‘atentar gravemente contra la paz pública’- de modo que pueden entrar en el concepto también organizaciones que persigan objetivos de menor amplitud política, como, por ejemplo, grupos parapoliciales”; LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 687-688, cree que “resulta muy discutible que junto a los tradicionales grupos de finalidad política se pretenda también perseguir, y por tanto equiparar su regulación penal y procesal, a la de aquellos que únicamente buscan, (...), crear alarma en la colectividad”; y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 904, indica que al incluirse “dentro de esta finalidad la alteración de la paz pública, se elimina, en parte, de esta materia la connotación de ‘delincuencia política’ que a veces se le atribuye”. Por el contrario, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 78, aunque considera que “con esta formulación alternativa podrán tipificarse como terrorismo los delitos cometidos sin finalidad política, pero dirigidos a causar una intensa perturbación de la paz social”, ello le parece correcto. Es más, en su trabajo, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, pp. 274 ss., afirma que la dimensión política de la finalidad de subvertir el orden constitucional, favorece una interpretación extensiva que aboca hacia el campo del “Derecho penal del ánimo” o “Derecho penal de autor”; y GARCÍA RIVAS, “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista”, aptdo. VI, opina que la intención de subvertir el orden democrático “puede quedar fuera de la definición sin que por ello se pierda en el camino la esencia del atentado terrorista”.

juveniles⁴⁸⁴ y por organizaciones mafiosas, en tanto en cuanto alteren la mencionada paz social⁴⁸⁵.

Ante este panorama, es fácil deducir que en este trabajo se aboga, de *lege ferenda*, por la destipificación de la finalidad de “alteración de la paz pública” –o, como mucho, por su previsión cumulativa⁴⁸⁶-. Sin embargo, puesto que la regulación es la que es, de *lege lata* se propone una interpretación de dicho término que circunscriba el fenómeno terrorista a aquella actividad delictiva dirigida contra las personas, en la que los concretos atentados trasciendan a su realización y envíen un mensaje a la sociedad susceptible de aterrar y coaccionar a su población⁴⁸⁷. Por tanto, no debe bastar la creación de una situación de miedo colectivo, producida como consecuencia de altercados y desórdenes públicos, sino que tal estado de desasosiego ha de provenir de la comisión de delitos contra los bienes más fundamentales de las personas⁴⁸⁸. Ciertamente, aunque en este supuesto no concurre el elemento de coacción al Gobierno⁴⁸⁹, al menos se produce una instrumentalización de primer nivel idéntica al verdadero fenómeno terrorista⁴⁹⁰. Ahora bien, esta tampoco es la postura seguida por nuestros tribunales.

⁴⁸⁴ Como los *Latin Kings*, los *Ñetas* o los *Skinbeads*.

⁴⁸⁵ En este sentido, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 78, afirma que la delincuencia violenta organizada de inspiración **mafiosa**, **xenófoba** o **religiosa** altera la paz social, mediante el hostigamiento violento de sectores de la población.

⁴⁸⁶ En este sentido, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 42.

⁴⁸⁷ Desde esta perspectiva, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 161, propone una interpretación de esta finalidad que sea acorde con el fin político que caracteriza la actividad terrorista.

⁴⁸⁸ De otra opinión, LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II, equipara el concepto de paz pública con el “de seguridad ciudadana, definido por doctrina y legislación como protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidad”.

⁴⁸⁹ Por lo que el menor desvalor de injusto debería relucirse de alguna manera en la pena.

⁴⁹⁰ Un ejemplo lo constituiría el grupo que matase reiteradamente a personas agnósticas con la finalidad de convertir a los no creyentes a una religión determinada. En cambio, no podrían calificarse como terroristas los asesinatos en serie realizados por un grupo de psicópatas sexuales, **por mucho que causaran temor social**. Ciertamente, este colectivo de delincuentes es uno –sino el principal- de los que más preocupación suscita entre la población (sobre esta cuestión, cfr. ROBLES PLANAS, “*Sexual Predators*”, pp. 3 ss.). Sin embargo, su actividad no es terrorista. Por su parte, CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, p. 1.905, considera que es posible interpretar en términos políticos la finalidad de “alteración de la paz pública”. Así, cita como ejemplo los atentados del 11-M en Madrid. A su juicio, aunque tales hechos no perseguían en sentido estricto subvertir el orden jurídico-constitucional del Estado, esto es, un cambio de régimen, sí son de carácter político. Sin embargo, en mi opinión, estos atentados también subvertieron el orden constitucional, pues intentaron imponer un cambio de política

B) Interpretación jurisprudencial del término paz pública

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), estableció que la alteración de la paz pública en el contexto del terrorismo se caracteriza por “impedir el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana”. Desde entonces, tanto el Tribunal Supremo⁴⁹¹ como la Audiencia Nacional⁴⁹² han fundado sus resoluciones en esta doctrina⁴⁹³.

De este modo, no es necesario que los delitos concretos despersonalicen a las víctimas. Es decir, no hace falta que la vida, la integridad o la libertad individuales se utilicen como mensaje de coacción, como señuelo de intimidación colectiva⁴⁹⁴. Por el contrario, se les atribuye naturaleza propiamente terrorista a los altercados y desórdenes realizados de modo reiterado en espacios públicos y susceptibles de crear alarma social⁴⁹⁵. Exponente de lo indicado es la caracterización como banda armada terrorista de la asociación juvenil del entorno de ETA, JARRAI-HAIKA-SEGUI⁴⁹⁶.

C) Interpretación jurisprudencial del término orden constitucional

Como se acaba de indicar, a través del fin de alteración de la paz pública se desdibuja el componente político que caracteriza al terrorismo. Además, a raíz de su interpretación por parte de los tribunales, las

(exterior) al margen de los cauces democráticos a tal efecto. Es decir, son subsumibles en la primera finalidad típica del terrorismo descrita en los arts. 571 ss. CP.

⁴⁹¹ Por ejemplo, las SSTS de 14 de diciembre de 1993 (ponente Montero Fernández-Cid); y de 29 de julio de 1998 (ponente Delgado García). Aunque, recientemente, la STS de 19 de enero de 2007 (ponente Monterde Ferrer) ha variado la fórmula que describe la paz pública, al establecer que ésta es el “aspecto de la paz social, que se funda, según el art. 10 de la CE en el ‘respeto a la Ley y a los derechos de los demás’”.

⁴⁹² Entre otras, la SAN de 26 de marzo de 2001 (ponente López Ortega).

⁴⁹³ Cfr. ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 79.

⁴⁹⁴ ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 75.

⁴⁹⁵ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II.

⁴⁹⁶ STS de 19 de enero de 2007 (ponente Monterde Ferrer); véase *infra* 1^a.VI.3.B con más detalle.

perturbaciones violentas y reiteradas del orden social que preocupan y atemorizan a la colectividad, también pueden subsumirse entre las finalidades terroristas. No obstante, aún hay algo más.

La jurisprudencia⁴⁹⁷ atribuye al otro fin característico del terrorismo unos márgenes muy amplios. A su juicio, subvertir el orden constitucional significa atentar contra el actual sistema jurídico basado en el Estado Social y Democrático de Derecho. De este modo, el fenómeno terrorista podría llegar a expandirse a cualquier actividad delictiva violenta que atentara contra nuestro sistema de Estado, aunque no alterase la paz social. Puesto que el art. 1.1 CE proclama que el Estado social y democrático de Derecho “propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, el atentado violento contra estos principios podría ser considerado terrorista.

Por ejemplo, amenazar reiteradamente a la plantilla de un periódico para impedirle la publicación de alguna noticia que podría comprometer a una persona poderosa, puede ser calificada como actividad terrorista en nuestro ordenamiento penal.

3. El elemento estructural

A su vez, la regulación en materia de terrorismo que realiza el Código Penal español prevé la posibilidad de que el fenómeno terrorista se presente tanto de manera colectiva, como individualmente.

A) El terrorismo individual

El art. 577 CP tipifica el delito conocido como “terrorismo individual” o “terrorismo aislado”⁴⁹⁸, aunque últimamente está muy en boga la expresión “terrorismo de baja intensidad”⁴⁹⁹. En concreto, el citado

⁴⁹⁷ SSTS de 14 de diciembre de 1993 (ponente Montero Fernández-Cid); y de 29 de julio de 1998 (ponente Delgado); y SAN de 26 de marzo de 2001 (ponente López Ortega).

⁴⁹⁸ LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 693, se refiere a este delito como “ejercicio de violencia política no organizada”.

⁴⁹⁹ BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000”, aptdo. IV; y POLAINO NAVARRETE, “Reformas penales”, p. 648. En los tribunales, véanse el ATS de 10 de enero de 2003 (ponente Martín Pallín); y la SAN de 19 de diciembre de 2007 (ponente Murillo Bordallo).

precepto agrava la pena de determinados delitos⁵⁰⁰ cometidos por sujetos que no pertenecen a banda armada, organización o grupo terrorista, pero que se realizan con la finalidad bien de subvertir el orden constitucional, bien de alterar gravemente la paz pública, bien de contribuir a esos fines atemorizando a un colectivo de personas.

Como se ha indicado, un sector doctrinal considera que esta figura casa mal con uno de los elementos que constituye el carácter especial de los delitos en materia de terrorismo, a saber, la idea de organización o colectivo institucionalizado⁵⁰¹. Sin embargo, también se ha dicho, en este trabajo se acepta la posibilidad teórica del terrorismo aislado. Ahora bien, si se atiende al tenor literal del art. 577 CP, es posible calificar de terroristas conductas individuales que no tienen nada que ver con este fenómeno⁵⁰², pese a que los actos concretos puedan constituir una coacción a un Gobierno o sean susceptibles de alterar la paz pública⁵⁰³.

Por un lado, como ejemplo de alteración del procedimiento institucional de decisión, que no guarda ninguna relación con el terrorismo, puede citarse el siguiente ejemplo real: el secuestro de treinta alumnos en un centro de preescolar por parte de **un único** sujeto armado con pistolas y granadas, para exigir al Gobierno –de Manila- mejoras en política educativa. No obstante, dicha conducta podría castigarse en virtud del art. 577 CP español, puesto que el secuestrador retuvo indebidamente a los menores con la finalidad de exigir un cambio legislativo fuera de los cauces democráticos establecidos a tal efecto⁵⁰⁴. Sin embargo, en una demanda concreta

⁵⁰⁰ Homicidios, lesiones de las tipificadas en los arts. 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes.

⁵⁰¹ Cfr. CANCIO MELIÁ, “Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo”, p. 25; y GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, p. 84, quien califica este precepto como *contradictio in adjecto*.

⁵⁰² De otra opinión, véase RAMOS VÁZQUEZ, “Terrorismo e intervención penal”, p. 107.

⁵⁰³ Como indica LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 695, “también cabrá calificar como terrorismo otros casos que por la habitualidad con que se realicen o por afectar a un determinado colectivo produzcan la atemorización de los ciudadanos a que hace referencia la nueva redacción del precepto y, en definitiva, habremos perdido por completo el valor de la seguridad jurídica en esta materia porque no podremos saber de antemano qué tipo de conductas se encuadran bajo la calificación de terrorismo”.

⁵⁰⁴ En una noticia aparecida en el *Diario de Manila* de 30 de marzo de 2007 (cfr. el siguiente enlace: <http://iberasia.blogspot.com/2007/03/filipinas-debate-si-el-secuestrador-del.html>; última fecha de visita el 13 de octubre de 2008), se pone de relieve

sin posibilidad de continuidad delictiva no puede hablarse de terrorismo. Por el otro lado, a modo de ejemplo de una conducta individual que sólo alteró la paz social, pero que sería subsumible en el mencionado precepto, puede citarse el caso de los dos francotiradores de Washington. Sin embargo, dichos crímenes no tuvieron naturaleza terrorista⁵⁰⁵, sino que fueron obra de unos psicópatas o asesinos en serie⁵⁰⁶.

Sea como fuere, la aplicación de este delito a tales casos ni ha constituido ni constituye un problema real dentro de nuestras fronteras⁵⁰⁷. En la práctica, el art. 577 CP, desde su entrada en vigor en 1996⁵⁰⁸ y hasta tiempos recientes, ha encontrado su único campo de aplicación en los supuestos de violencia callejera que se lleva a cabo en el País Vasco y Navarra, esto es, en los casos de la denominada *kale borroka*. Como es sabido, estos actos de hostigamiento y disturbios callejeros se realizan en

el encendido debate que se suscitó en Filipinas a raíz del citado secuestro, entre una parte de la población y el Gobierno del país. Mientras que las familias se movilizaron a favor del secuestrador, Armando Ducat, como “reconocimiento hacía alguien que tomó una medida extrema para exigir matrículas gratuitas para esos alumnos tras finalizar el preescolar”, el Gobierno “expresó su convencimiento de que Ducat cometió un **acto terrorista**” (negrita añadida). Precisamente en este sentido, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 85, pone de relieve que en el art. 577 puede subsumirse una detención ilegal para forzar una negociación con los poderes públicos, o para la adopción de una decisión determinada, puesto que “contiene la finalidad de alterar un procedimiento institucional de decisión”. Sin embargo, “falta en este hecho la orientación sistemática al uso de la violencia como método distintivo de lo que fenomenológicamente se entiende por terrorismo”.

⁵⁰⁵ De otra opinión, MUELLER/LANTERMAN, “Terrorism and Media Deceit”, *passim*, p. 345. Además se les aplicó la legislación antiterrorista (p. 347).

⁵⁰⁶ Por ejemplo, una noticia publicada en *El Mundo* de 12 de octubre de 2002, se refiere al caso del francotirador de Washington como obra de un asesino en serie. Y, es que, como indica LECHADO, *La globalización del miedo*, p. 29, quien “aterroriza sin motivo o no es un terrorista (...) sino un sádico”.

⁵⁰⁷ Como pone de relieve CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 224, “la realidad empírica aconseja distinguir en este contexto dos fenómenos distintos y con distinta relevancia”, especialmente en el ordenamiento español: “por un lado, está la figura del autor (verdaderamente) aislado en serie de hechos delictivos gravísimos (terroristas), con o sin pretensiones ‘políticas’ en sentido estricto. Por otro, el sujeto que actúa a título de adhesión a un proyecto terrorista realmente existente, pero sin que exista (o pueda probarse) un vínculo típico entre sus actos y la organización terrorista”.

⁵⁰⁸ Aunque fue posteriormente modificado por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

apoyo de los fines perseguidos por la organización terrorista ETA y en grupo⁵⁰⁹, por parte de personas jóvenes afines a sus objetivos e ideario⁵¹⁰.

De este modo, en la mayoría de Sentencias analizadas desde el año 2000, este delito se aprecia en supuestos de incendios⁵¹¹, daños⁵¹² y tenencia de sustancias incendiarias⁵¹³, realizados durante los actos de dicho hostigamiento urbano.

Incluso existe una Sentencia que realiza una reducción teleológica del ámbito típico de este precepto, con base en la inexistencia de prueba sobre la finalidad perseguida por sus autores. La SAN de 26 de marzo de 2001 (ponente López Ortega) establece que no puede presumirse que la realización de cualquier actividad violenta sobre personas o cosas en el marco de una jornada de violencia callejera se lleve a cabo en apoyo de la banda terrorista ETA. Por el contrario, hay que acreditar qué personas u organizaciones las convocan o el motivo que inspira su convocatoria. De este modo, la Sentencia considera que, en el caso enjuiciado, sólo puede darse probado que los participantes en la jornada de violencia “tenían la inequívoca intención de alterar la paz pública, pues realizaron actos objetivamente idóneos para producir tal quebranto de la paz y de la seguridad pública, pero en forma alguna puede concluirse que tales actos violentos se realizasen en apoyo a la organización terrorista ETA o a sus fines criminales”⁵¹⁴. Por tanto, con base en esta doctrina, la finalidad directa de alterar la paz pública no tiene ningún

⁵⁰⁹ Como indica ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 69, nota 39, es paradójico que se denomine a este delito “terrorismo individual”, puesto que el origen de su tipificación está en dichas acciones colectivas. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 232. Por ello, concluye que la denominación “terrorismo individual es inadecuada y debe ser abandonada”.

⁵¹⁰ Así, también, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 225 ss.

⁵¹¹ SAN de 13 de marzo de 2007 (ponente Fernández Prado); STS de 20 de febrero de 2006 (ponente Sánchez Melgar); STS de 31 de enero de 2005 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre); STS de 29 de julio de 2004 (ponente Saavedra Ruiz); SAN de 28 de noviembre de 2003 (ponente Castro Meije); SAN de 4 de abril de 2003 (ponente de Prada Solaesa); SAN de 7 de marzo de 2002 (ponente Martínez de Salinas Alonso); STS de 19 de septiembre de 2001 (ponente Martínez Arrieta); SAN de 21 de diciembre de 2000 (ponente Murillo Bordillo); SAN de 10 de julio de 2000 (ponente Fernández Prado); y SAN de 5 de junio de 2000 (ponente Díaz Delgado).

⁵¹² STS de 20 de febrero de 2006 (ponente Sánchez Melgar); STS de 14 de abril de 2005 (ponente Andrés Ibáñez); y SAN de 28 de noviembre de 2003 (ponente Castro Meije).

⁵¹³ SAN de 11 de febrero de 2003 (ponente Bermúdez de la Fuente); y SAN de 12 de noviembre de 2001 (ponente Díaz Delgado).

⁵¹⁴ Así, aplica los delitos comunes de daños y tenencia de artefactos inflamables.

campo de aplicación en el ámbito del terrorismo individual, sino que hay que colaborar con una banda armada terrorista.

Ahora bien, en los últimos tiempos se ha detectado una ampliación en la apreciación de este delito en dos sentidos, que va más allá de los supuestos de *kale borroka*: por un lado, desde el año 2004, los tribunales aplican de modo continuado el art. 577 CP en relación con los delitos de amenazas, realizadas por personas del entorno de ETA a miembros de partidos políticos, a algunos medios de comunicación y a distintas autoridades⁵¹⁵; por el otro, y esto es lo preocupante, existe una condena del año 2005 que es la muestra de hasta dónde puede llegar este precepto, a saber, a castigar conductas que no tienen nada que ver no ya con el terrorismo de alta intensidad, sino tampoco con el de baja intensidad⁵¹⁶.

El ATS de 11 de mayo de 2006 (ponente Saavedra Ruiz) inadmite un recurso de casación contra una Sentencia⁵¹⁷ que condenó a 6 años de prisión a varios sujetos en virtud del art. 577 CP en relación con el 568 CP, por la tenencia e intento de colocación en la vía pública de un explosivo casero. Según los hechos probados que aparecen reproducidos en el citado Auto, los acusados, “conocedores de que estaba prevista la celebración de un concierto que entendían que constituía un apoyo a los presos de Euskal Herria y un rechazo a la Ley antiterrorista”, decidieron “llevar a cabo algún acto que amedrentando a los posibles asistentes comprometiera el éxito del concierto”. Para ello, confeccionaron un explosivo por medios caseros, con la intención de hacerlo estallar en una vía pública, lo que, a juicio de la Sentencia de instancia, es susceptible de alterar

⁵¹⁵SAN de 31 de marzo de 2006 (ponente Díaz Delgado), aunque se absuelve al acusado por prescripción; STS de 6 de marzo de 2006 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre); ATS de 10 de noviembre de 2005 (ponente Saavedra Ruiz); STS de 7 de marzo de 2005 (ponente Granados Pérez); y STS de 23 de diciembre de 2004 (ponente Saavedra Ruiz).

⁵¹⁶ Como pone de relieve POLAINO NAVARRETE, “Reformas penales”, p. 648, el legislador maneja dos conceptos diferentes de terrorismo, uno de “núcleo duro” y el otro de “baja intensidad” (art. 577 CP).

⁵¹⁷ SAP-Barcelona de 26 de julio de 2006 (ponente Magaldí Paternostro). Pese a que, en principio, la competencia para instruir y enjuiciar los hechos constitutivos del delito de terrorismo previsto en el art. 577 CP corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional (véase la Disposición Transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo), el AAP-Barcelona de 17 de diciembre de 2002 (ponente Martín García) establece que tal disposición no es aplicable a este caso. A su juicio, la competencia objetiva de aquellos órganos sólo es posible “en los supuestos que los delitos de terrorismo sean cometidos por bandas armadas o grupos terroristas o por quienes cooperen o colaboren con dichos grupos u organizaciones”, por lo que el delito de terrorismo cometido sin pertenecer a una banda armada y sin apoyarla cae fuera de su competencia. Ahora bien, precisamente por esta razón no debería poder hablarse de terrorismo.

gravemente la paz pública, caracterizada por la seguridad de las calles, y de atemorizar a la población. Además, establece que dicha alteración era la finalidad perseguida por los acusados, tal y como ellos mismos reconocieron, aunque matizaran que “lo único que pretendían era evitar lo que entendían como un ensalzamiento y apoyo al terrorismo etarra”.

A raíz de esta Sentencia, pues, ya no puede decirse que el art. 577 CP sólo se aplica, en la práctica, a sujetos que pretenden contribuir a las finalidades perseguidas por la organización terrorista ETA, esto es, a los actos de *kale borroka* o a supuestos de amenazas⁵¹⁸ –lo cual es legítimo⁵¹⁹-. Por el contrario, con base en este precepto también es posible condenar a personas que cometen conductas constitutivas de desórdenes públicos, puesto que **la paz pública es equiparada a la mera seguridad en las calles**⁵²⁰. De este modo, perfectamente podrían desaparecer los delitos de desórdenes públicos previstos en los arts. 557 a 561 CP⁵²¹, que, al igual que los delitos de terrorismo, se ubican dentro del título dedicado a proteger el orden público⁵²².

Sin embargo, no debería olvidarse que existe una diferencia de grado entre ambos tipos de infracciones. Así, el primer grupo de delitos protege el **orden público** entendido como aquel estado de tranquilidad en el desarrollo de las actividades ordinarias que se realizan en los espacios públicos⁵²³. Por tanto, tales infracciones sancionan transgresiones del

⁵¹⁸ Por tanto, aunque es cierto que el “el fenómeno del terrorista individual en sentido estricto (esto es, en sentido de aislado) no ha llegado a España” (cfr. CANCIO MELIÀ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 224), se ha presentado algo peor.

⁵¹⁹ Véase *infra* 2^a.III.1.A.a.

⁵²⁰ Así, según lo establecido por la citada resolución, la creación de **temor** en la población y la alteración **grave** de la paz pública, como finalidades perseguidas por el terrorismo, se pueden producir con la detonación de un único explosivo casero (que, en el caso concreto, sólo causó quemaduras a las personas que lo estaban colocando, al explotar antes de lo previsto).

⁵²¹ En este sentido, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 69, texto y nota 41, pone de relieve que la frontera entre este precepto y los delitos de desórdenes públicos está diluida.

⁵²² Sobre estos delitos, véase LLOBET ANGLÍ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 366 ss. Y, sobre la relación concursal entre el terrorismo individual y los desórdenes públicos del art. 557 CP, cfr. CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, pp. 239 ss.

⁵²³ ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 79. En la jurisprudencia, la STS de 27 de mayo de 2007 (ponente Granados Pérez) entiende por orden público aquel estado de “tranquilidad general en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria”. Así, continúa, lo que estos tipos pretenden evitar es que “la calle no se convierta en patrimonio de alborotadores, con grave quebranto de los derechos ciudadanos de los demás”.

orden comunitario, esto es, la inobservancia de las reglas que facilitan la convivencia⁵²⁴. Por el contrario, los delitos de terrorismo tienen que vincularse con la paz pública⁵²⁵, la cual equivale a un “estado de tranquilidad y sosiego [social] trascendentes”⁵²⁶, y, por tanto, sólo deberían castigar conductas que creen una situación de continuo “temor por la propia vida”⁵²⁷, más allá del terror concreto que puedan producir uno o más actos de desorden aislados⁵²⁸ o una explosión específica. Piénsese, por ejemplo, que los estragos también están previstos como infracción común (art. 346 CP). En definitiva, pues, el desorden se ve y puede crear unos instantes de pánico, mientras que la alteración de la paz se siente y perdura, tanto temporal, como espacialmente: los actos terroristas nos pueden afectar a todos en cualquier lugar y momento.

En realidad, los hechos comentados son subsumibles en el art. 559 CP (en grado de tentativa), que, dentro de los delitos de desórdenes públicos, castiga a quienes “*perturben gravemente el orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos*”, con la pena de multa de tres a doce meses (la cual dista mucho de los 6 años y un día por la que se condenó en este caso a cada uno de los intervinientes); y/o en el delito común de tenencia de sustancias o aparatos explosivos (que también se castiga dentro de los delitos contra el orden público, en concreto, en el art. 568 CP, con la pena de prisión de 3 a 6 años).

De hecho, no trazar esta diferenciación entre orden y paz públicos conlleva dos peligros relacionados con la expansión de la normativa excepcional y con una percepción social desmesurada del riesgo: por un lado, a cualquier alteración de la seguridad ciudadana puede serle de aplicación la legislación antiterrorista, por lo que la excepcionalidad

⁵²⁴ SAP-Málaga de 15 de junio de 2004 (ponente Arroyo Fiestas).

⁵²⁵ También apuntan que orden público y paz pública no son sinónimos ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 79; y GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, pp. 69 ss.

⁵²⁶ STS de 16 de octubre de 1991 (ponente Ruiz Vadillo).

⁵²⁷ Cfr. ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 79.

⁵²⁸ Como indica CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 230, si los desórdenes públicos masivos que se produjeron en Francia a lo largo del año 2005 tuvieran lugar en España, no habría ningún problema para subsumirlos en el art. 577 CP. Sin embargo, de nuevo, el malestar de un sector de la población, que ciertamente actúa en grupo pero no como organización, expresado mediante incendios y daños en la vía pública de modo puntual, en definitiva, a través de la alteración del orden público, no es terrorismo. Del mismo modo, esta regulación es perfectamente aplicable a los altercados realizados por miembros de asociaciones antiglobalización que se producen, especialmente, en las cumbres del G-8.

jurídica existente en esta materia se extiende a los delitos comunes⁵²⁹; por el otro, al equiparar, en la práctica, los atentados del 11-M o la actividad de ETA y supuestos de desórdenes públicos, la percepción social de inseguridad crece cada vez que se cometen altercados etiquetados como terroristas, lo que nos traslada al ámbito del Derecho Penal de la seguridad. No obstante, incluso aunque SILVA SÁNCHEZ⁵³⁰ esté en lo cierto cuando apunta que “tras dos siglos de trabajo sobre el Derecho penal de la culpabilidad”, tal vez sea ahora “el turno del Derecho penal de la seguridad”, éste también tiene que ser “una ‘ultima ratio’”.

B) ¿Son las bandas armadas, las organizaciones y los grupos terroristas realidades distintas? Especial mención a la organización del entorno de ETA JARAI-HAIKA-SEGI

El Código Penal español hace referencia a tres tipos distintos de asociaciones criminales relacionadas con el terrorismo: bandas armadas, organizaciones y grupos⁵³¹; y las equipara, por un lado, en el art. 515.2^a CP, donde tienen la consideración de asociaciones ilícitas, y, por el otro, en los arts. 571 a 580, dentro de los delitos de terrorismo⁵³². Por tanto, en nuestra legislación, dichas asociaciones delictivas tienen idéntico tratamiento punitivo.

Ahora bien, ¿son lo mismo dicho con palabras distintas o, por el contrario, cada una de ellas tiene características específicas, y, por tanto,

⁵²⁹ En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, pp. 45-46, pone de relieve que las regulaciones que igualan el terrorismo y otras formas de delincuencia, consistentes en la alteración de la seguridad ciudadana y el clima de paz y convivencia a la que la sociedad y los individuos tienen derecho, extienden la excepcionalidad jurídica del terrorismo a delitos comunes (cfr., también, la exposición de motivos del Real Decreto Ley 3/1979, de 26 de enero).

⁵³⁰ SILVA SÁNCHEZ, “Peligrosidad”, p. 2.

⁵³¹ Otro planteamiento parte de contraponer las bandas armadas (no terroristas), por un lado, y, por otro, las organizaciones o grupos terroristas (cfr. CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 139 ss.). En mi opinión, sin embargo, el calificativo terrorista tiene que predicarse de los tres tipos de asociaciones, tanto por motivos sistemáticos (todas ellas se ubican dentro de los delitos de terrorismo), como teleológicos (lo que, en ocasiones, legitima una mayor severidad punitiva, véase *infra* 2^a.III.1.A, es, precisamente, la finalidad perseguida por el terrorismo). Es de la misma opinión CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 141.

⁵³² Téngase en cuenta que las tres asociaciones comparten el rasgo de ser terroristas, también las bandas armadas (véase la confusión, en este punto, de GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, pp. 39-40).

se trata de realidades diferentes aunque relacionadas entre sí⁵³³. Ciertamente, el Código Penal no determina cuáles son estos rasgos distintivos, más allá del elemento armado que se predica de las bandas, pero no de las organizaciones o grupos⁵³⁴. Sin embargo, es absolutamente imposible imaginar el fenómeno terrorista sin la presencia de esta propiedad⁵³⁵. Además, si se parte de una interpretación sistemática de los arts. 515 y 516 CP parece que los tres tipos de asociaciones pertenecen a una misma clase aunque resulten nombradas de maneras diferentes. El art. 516.2^o⁵³⁶ sólo menciona a las “*citadas organizaciones*” para referirse tanto a las bandas armadas, como a las organizaciones y los grupos terroristas mencionados en los arts. 515.2^o y 516.1^o, sin volver a repetir una por una cada nomenclatura.

Del mismo modo, en mi opinión tampoco es defendible la afirmación de que las bandas armadas a las que se refieren los arts. 515.2^o, 516.1^o y 571 ss. CP no tienen por qué ser terroristas, es decir, que “banda armada y organización terrorista no son en todo caso, homologables”⁵³⁷, puesto que, de este modo, se incluirían dentro de tal fenómeno actividades delictivas que no compartirían sus rasgos⁵³⁸. Así, ciertamente, una banda armada podría ser considerada una modalidad agravada de asociación ilícita aunque no fuera terrorista, si alterase la paz pública sin perseguir un objetivo de naturaleza política⁵³⁹. No obstante, como ya se ha puesto ampliamente de relieve, tal postura no puede sostenerse porque implica castigar con la misma pena conductas cuyo contenido de injusto es distinto. Además, desde un punto de vista sistemático, los arts. 571 ss. CP se ubican dentro de la sección dedicada a los delitos de terrorismo y, por

⁵³³ Plantea la misma cuestión LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II.

⁵³⁴ De otra opinión, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 77, considera que las organizaciones y los grupos terroristas, en contraposición a las bandas armadas terroristas, poseen mejores armas.

⁵³⁵ En el mismo sentido, CANCIO MELLÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 145-146; y GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.608. Sobre la postura que defiende que no puede hablarse de fenómeno terrorista si no hay de por medio una banda armada cfr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 221.

⁵³⁶ Que establece la pena de los integrantes de una asociación terrorista que no sean ni sus directores ni sus promotores.

⁵³⁷ De esta opinión, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 222.

⁵³⁸ De la misma opinión, CANCIO MELLÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, pp. 1.898-1.899; y CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, pp. 72-73.

⁵³⁹ Por el contrario, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 222, considera que esta conclusión es correcta.

tanto, ésta es la actividad delictiva que tales preceptos pretenden castigar, no otra⁵⁴⁰.

Por su parte, nuestros tribunales usan en sus sentencias de forma alternativa y como sinónimos los tres rótulos⁵⁴¹. Por ello, sólo se han ocupado de determinar las notas o elementos estructurales que caracterizan a una banda armada terrorista⁵⁴². En el mismo sentido, un sector de la doctrina también pone de relieve que existe “unánime consideración que la expresada trilogía no esconde más que una unívoca significación”⁵⁴³; y, aunque algunos autores hacen referencia a criterios cuantitativos, esto es, el mayor o menor número de integrantes⁵⁴⁴, y cualitativos, como la estabilidad y la permanencia⁵⁴⁵, no extraen ulteriores consecuencias.

⁵⁴⁰ En este sentido, CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, pp. 1.898-1.899, opina que la distinción entre bandas armadas, por un lado, y organizaciones terroristas, por el otro, no resulta materialmente adecuada ni es obligada por razones de legalidad. Al contrario, “la relación ‘banda armada, organización o grupo terrorista’ es utilizada para designar una sola realidad típica”.

⁵⁴¹ Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, al referirse a ETA en sus Sentencias, lo hacen indistintamente con las expresiones “banda armada”, “organización”, “organización armada” o “grupo armado”. Además, la SAN de 20 de octubre de 2000 (ponente Ollero Butler) establece que “banda armada, organización terrorista y grupo terrorista no son sino realidades sociológicas de significado unívoco cuando propugnan la finalidad ya estudiada”.

⁵⁴² Cfr. las SSTs de 14 de diciembre de 1993 (ponente, Montero Fernández-Cid), y de 29 de julio de 1998 (ponente Delgado García); la STC 199/1987, de 16 de diciembre (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer); y las SSAN de 26 de marzo de 2001 (ponente López Ortega), y de 20 de octubre de 2000 (ponente Ollero Butler). Según indican, se trata de una asociación, esto es, de la unión de varios sujetos, que tiene por objeto ejecutar delitos; las infracciones que comete son, básicamente, de naturaleza grave: homicidios, asesinatos, secuestros, etc.; las acciones son violentas, reiteradas, indeterminadas e indiscriminadas; en esa actuación delictiva utiliza armamento, entendiéndose por tal las armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes; se trata de una estructura permanente y estable, nunca transitoria o de carácter ocasional; y, por último, la relación entre sus miembros o la distribución de funciones está presidida por las ideas de jerarquía y disciplina (para más detalle, véase LLOBET ANGLÍ, “Los delitos de terrorismo en el Código Penal español”, pp. 129-130).

⁵⁴³ CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 33. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 143; DE PRADA SOLAESA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, p. 74; GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 204; y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 83.

⁵⁴⁴ Así, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 134-135, considera que al incluirse al “grupo” frente a la “organización” se subraya el carácter secundario de las dimensiones numéricas de la estructura en cuestión.

⁵⁴⁵ GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 204, consideran que la distinción entre banda y organización se basa en que “para la

Ahora bien, el organigrama de las bandas armadas terroristas muestra que dentro de aquéllas o en estrecha vinculación con ellas existen miembros que conforman células, grupos, comandos⁵⁴⁶, estructuras o, incluso, gobiernos cuyo cometido es captar a nuevos sujetos, ocultar a sus integrantes, recabar ayuda económica, facilitar información, etc., y que, por tanto, no utilizan armamento para llevar a cabo su cometido.

Así, por ejemplo, la STS de 31 de mayo de 2006 (ponente Monterde Ferrer) califica como terrorista a un grupo que se dedicaba a reclutar *mujabidines* y a conseguir dinero para contribuir a las actividades de *Al Qaeda* (aunque no formaba parte directa de tal organización y no estaba armada). Del mismo modo, la SAN de 19 de diciembre de 2007 (ponente Murillo Bordallo) describe que una de las actividades de la estructura KAS-EKIN consistía en suministrar información sobre potenciales objetivos de la organización armada ETA y facilitar ayuda económica a sus miembros⁵⁴⁷. En este ámbito, la reciente SAN de 15 de septiembre de 2008 (ponente Palacios Criado), que declara organización terrorista al grupo Gestoras Pro-Amnistía (del entorno de ETA), incide expresamente en afirmar que, pese a que dicha organización no usa armas, despliega su cometido bajo la planificación de ETA “asumiendo, aceptando y contando con la lucha armada”. O, como también se ha mencionado, existen

banda no es determinante el elemento de la organización y el carácter permanente de la misma”. Y, respecto a la diferencia entre organización y grupo, apuntan al carácter permanente o no del colectivo y a su mayor o menor dimensión, respectivamente (sigue esta postura DE PRADA SOLAESA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, p. 75); y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 230, opina que cuando se hace referencia a “grupo” o “banda” se atiende al elemento cuantitativo, mientras que “organización” destaca el aspecto cualitativo. Por su parte, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, pp. 72-73 y 77, defiende que la verdadera diferencia entre una banda armada y una organización, ambas terroristas, se encuentra en la estructura. A su juicio, “la banda armada tendría una estructura más débil que la organización o el grupo terrorista, que poseen un número mayor de integrantes, una organización altamente estructurada, con más estabilidad en el tiempo”. Y, por lo que respecta a la distinción entre organización y grupo, afirma que se deben emplear como sinónimos, “aunque siempre es posible entender por grupo terrorista lo que sería la célula o el comando, es decir, una pequeña agrupación de personas, dos o más, que presentan cierta unión temporal, no necesariamente con vocación de permanencia, para la realización de uno o varios actos terroristas; siendo la organización una unión de varias personas, estructuradas jerárquicamente, con vocación de permanencia, para la realización de una actividad terrorista dilatada en el tiempo”.

⁵⁴⁶ Sobre esta cuestión, cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo*, pp. 271 ss.

⁵⁴⁷ Así, afirma, aunque ni KAS ni EKIN “constituyen una organización armada”, pues éstas carecen de armas, dichas estructuras “participa[ron] de lleno en la unidad organizativa y estructural de la organización terrorista ETA”. Ahora bien, sobre el complejo de actividades de tal grupo véase *infra* 3^a.II.2.C.d.1^o con más detalle.

gobiernos que colaboran o han colaborado con el terrorismo internacional de *Al Qaeda*, suministrándoles protección, como el régimen talibán de Afganistán hasta 2002.

En consecuencia, pues, las asociaciones de personas que, sin formar parte directa de una banda armada, la cual es el núcleo de la actividad terrorista⁵⁴⁸, coadyuvan con sus **actividades** han de ser consideradas organizaciones o grupos de tal naturaleza. De este modo, la cooperación con las operaciones y tareas delictivas de una banda armada tanto puede realizarse individualmente (art. 576 CP⁵⁴⁹) como a través de organización⁵⁵⁰.

Ahora bien, en el ámbito del terrorismo de ETA hay que distinguir entre dos clases de grupos “satélites” que están ubicados en su entorno. Así, junto a las estructuras que contribuyen, en parte, a que sus actividades criminales se lleven a cabo⁵⁵¹ concurre otro modo de colaboración mediante organización con la **finalidad de alterar la paz pública**. Como se acaba de indicar, en el País Vasco y Navarra son frecuentes los actos de *kale borroka* protagonizados por sujetos que mediante la comisión de delitos de daños y desórdenes públicos pretenden atemorizar al colectivo social, pero que ni matan, lesionan o secuestran a nadie, ni colaboran materialmente con que ETA lo haga. Por ello, los grupos que conforman y dirigen tales campañas de hostigamiento callejero no deberían tener la consideración de terroristas **en sentido propio**⁵⁵². Sin embargo, lo cierto es que son subsumibles en el tenor literal del tipo, por lo que, recientemente, se ha podido calificar a JARRAI-HAIKA-SEGI como asociación criminal de tal naturaleza.

⁵⁴⁸ En este sentido, GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, p. 134.

⁵⁴⁹ Que reza: “1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

⁵⁵⁰ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 197, nota 10, se refiere a estas asociaciones como “organizaciones relacionadas con el terrorismo”.

⁵⁵¹ Véase *infra* 3^a.II.2.C.d.1^o sobre esta cuestión.

⁵⁵² De otra opinión, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 218, para quien JARRAI-HAIKA-SEGUI merece el calificativo de terrorista.

La STS de 19 de enero de 2007 (ponente Monterde Ferrer) declara a tales organizaciones, por su vinculación a la *kale borroka*, bandas armadas terroristas⁵⁵³, y, a sus integrantes, miembros de éstas en virtud del art. 516 CP⁵⁵⁴. Según indica, no cabe la distinción entre ETA y las organizaciones satélites afines a su ideología y entre terrorismo y lucha callejera⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Así, lejos quedan aquellos tiempos en los que la jurisprudencia declaró que el concepto de banda armada terrorista era un término precisado de **hermenéutica restrictiva** (cfr. la STS de 14 de diciembre de 1993, ponente Montero Fernández-Cid).

⁵⁵⁴ Sin embargo, con anterioridad, la Unión Europea ya había establecido que tales organizaciones (y, también otras) formaban parte del grupo terrorista ETA. En concreto, ya se habían incluido “Kas, Xaki; Ekin, Jarrai-Haika-Segi, Gestoras Pro-amnistía, Askatasuna, Batasuna (alias Herri Batasuna, alias Euskal Herritarrok)” (cfr. la Posición Común 2004/309/PESC del Consejo, de 2 de abril de 2004, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Posición Común 2003/906/PESC. Diario Oficial n° L 099 de 3 de abril de 2004, pp. 0061-0064).

⁵⁵⁵ Una consecuencia presumible será que los actos de *kale borroka* pasarán a ser subsumibles en los delitos previstos en los arts. 571 a 574 CP, al considerar a quienes los ejecutan miembros (o colaboradores) de una banda armada –aunque hay que indicar que, por el momento, en la única resolución hallada en esta materia que se ha dictado con posterioridad a la STS de 19 de enero de 2007, la Audiencia Nacional (Sentencia de 13 de marzo de 2007, ponente Fernández Prado) aplica el art. 577 CP a unos sujetos que incendiaron un autobús urbano con la finalidad de alterar la tranquilidad pública-. De este modo, el art. 577 CP posiblemente perderá toda su razón de ser. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 227, pone de relieve que “si las organización del ‘entorno’ de ETA son terroristas, ya no es necesario el desvío que materialmente constituye el art. 577 CP”; y LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, apdo. III, considera que a partir de esta resolución el art. 577 CP sólo se aplicará con carácter residual. Es cierto que, en alguna ocasión, los tribunales habían considerado que los actos de violencia callejera eran incardinables en los delitos materialmente terroristas. Por ejemplo, la STS de 31 de octubre de 1998 (ponente Jiménez Villarejo) establece que un grupo de individuos que “actuaban organizadamente de forma violenta, colocando artefactos incendiarios y causando daños cuantiosos en propiedades públicas y privadas con la finalidad de apoyar al colectivo de presos de la banda terrorista ETA y llamar la atención de los ciudadanos sobre sus reivindicaciones”, es una banda armada terrorista. En el mismo sentido, la SAN de 18 de julio de 2000 (ponente Díaz Delgado) considera que son bandas armadas terroristas los grupos que tienen como finalidad coadyuvar a los fines del abertzalismo radical y violento, mediante la alteración de la paz pública en localidades del País Vasco y Navarra. Por su parte, la STS de 14 de febrero de 2006 (ponente Soriano Soriano) vincula los actos de *kale borroka* con los delitos previstos en los arts. 571 a 574 CP vía colaboración, puesto que considera que tales sujetos son colaboradores de ETA. Sin embargo, ésta no era la postura mayoritaria. Por ejemplo, la SAN de 26 de marzo de 2001 (ponente López Ortega) afirma que los actos delictivos cometidos durante una jornada de violencia callejera son subsumibles en el art. 577 CP y no el 571. Por su parte, la SAN de 3 de octubre de 2003 (ponente Guevara Marcos) establece expresamente que la llamada violencia callejera o *kale borroka* tiene su encaje en la definición del art. 577 (en el mismo sentido, se pronuncian las SSAN de 22 de abril de 2003, ponente Murillo Bordillo; y de 4 de abril de 2003, ponente de Prada Solaesa; y las SSTS de 31 de enero de

En palabras de la Sala Segunda, JARRAI-HAIKA-SEGI es “una organización terrorista que, incidiendo en la seguridad ciudadana, persigue producir profundo temor, atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho”, o, en otros términos, “**atentando contra la paz pública**, como aspecto de la paz social, que se funda, según el art. 10 de la CE en el ‘respeto a la Ley y a los derechos de los demás’”⁵⁵⁶.

Así, pues, este caso pone de relieve, de nuevo, el peligro que supone haber incluido como finalidad del terrorismo la alteración grave de la paz pública. No obstante, hubiera sido preferible una interpretación más restringida de este término, en el sentido apuntado respecto al art. 577 CP, y la consideración de *lege lata* de que JARRAI-HAIKA-SEGI es una asociación ilícita que tiene como finalidad la comisión de delitos (art. 515.1º CP)⁵⁵⁷. Ciertamente, de *lege ferenda* está legitimada la creación de una modalidad de organización criminal “común” agravada cuya finalidad sea la colaboración en la creación de miedo perseguida por una banda armada terrorista. Sin embargo, es preciso diferenciar entre quienes llevan más de treinta años matando y secuestrando a las personas y aquéllos que realizan actos de hostigamiento callejero, aunque todos ellos persigan la alteración de la paz pública⁵⁵⁸. De lo contrario, no importan los hechos sino las intenciones, construyéndose un verdadero Derecho Penal de autor, resulta vulnerado el principio de proporcionalidad en la respuesta penal⁵⁵⁹, y se producen efectos criminógenos: es lo mismo integrarse en ETA que en SEGI.

En definitiva, pues, si bien puede afirmarse que dicha estructura forma parte del entramado de ETA y realiza tareas complementarias⁵⁶⁰, existe separación funcional entre ellas⁵⁶¹. Es decir, aunque la labor criminal de JARRAI-HAIKA-SEGI contribuye a alterar la paz pública en el sentido perseguido por la banda armada ETA, no favorece su actividad delictiva. Así, en relación con las figuras de pertenencia y colaboración, no merece la misma pena quien facilita la realización de delitos de daños contra

2005, ponente Berdugo y Gómez de la Torre; y de 29 de mayo de 2003, ponente Giménez García).

⁵⁵⁶ Negrita añadida.

⁵⁵⁷ En este sentido, véase la SAN de 20 de junio de 2005 (ponente Pedraz Gómez).

⁵⁵⁸ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 147 y 151.

⁵⁵⁹ Véase el voto particular del magistrado Giménez García a la STS de 19 de enero de 2007.

⁵⁶⁰ Así, Giménez García en su voto particular a la Sentencia de 19 de enero de 2007.

⁵⁶¹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 150.

sucursales bancarias que quien colabora en la ejecución de asesinatos – por ejemplo, pasando información de cajeros automáticos o de personas, respectivamente-. Del mismo modo, no puede castigarse igual al promotor de una organización que ejecuta actos de desórdenes públicos que al director de una banda armada que asesina, mutila y secuestra. Por tanto, aunque JARRAI-HAIKA-SEGI es una organización que debe desvalorarse más intensamente que una asociación que se dedique a dañar la propiedad ajena sin ningún vínculo con el terrorismo, su contenido de injusto es inferior al que puede predicarse respecto de ETA.

VII. CONCLUSIONES

1. De lo establecido en este capítulo se desprende que, de *lege lata*, es posible calificar de terrorista a una organización o a un grupo aunque no estén armados (art. 515 CP); puede existir un terrorismo individual sin requerirse la cobertura de una organización (art. 577 CP); cualquier delito puede ser agravado en relación con el terrorismo (art. 574 CP); y basta con concurrir la mera alteración de la paz pública para hallarnos frente a este fenómeno (art. 571 ss. CP). Además, los tribunales, especialmente en tiempos recientes, no realizan ningún esfuerzo por reducir el alcance punitivo de dichos delitos y de sus elementos típicos. Así, cabe hablar de terrorismo de Estado, de desórdenes públicos terroristas y de bandas armadas terroristas aunque no hayan cometido ni un solo asesinato.

2. Por tanto, el concepto de terrorismo aportado en este trabajo y el término legal (más su aplicación jurisprudencial) se hallan en extremo distantes. Los elementos que, en mi opinión, caracterizan al terrorismo no tienen relevancia alguna, ni en la ley, ni en las resoluciones de los tribunales. El elemento estructural organizado, el carácter armado, la comisión de delitos muy graves, la instrumentalización de las personas y el fin político son prescindibles.

3. Sin embargo, denominar terrorismo a aquello que no constituye este fenómeno no es una medida más eficaz para con lo que sí lo es⁵⁶². Por el contrario, en la práctica, expande la legislación especial en esta materia a otras actividades delictivas, sin el fundamento que, en algunos casos, sí dota a lo terrorista de excepcional; tiene efectos criminógenos; aumenta la

⁵⁶² Como indica LECHADO, *La globalización del miedo*, p. 26, el abuso de la palabra “terrorismo” no es una buena vía para lograr una resolución satisfactoria de dicho problema.

percepción social del riesgo; y conduce a los delitos de terrorismo a transitar la estela de un Derecho Penal de autor.

4. Por su parte, la clase política y los medios de comunicación confunden guerra y terrorismo casi a diario, puesto que cualquier atentado en Irak o Afganistán es calificado de terrorista. Sin embargo, en el seno de un conflicto armado hay que distinguir entre las fuerzas combatientes y la población civil. El terrorismo, como fenómeno delictivo, es distinto del terrorismo en cuanto método, ya sea para perpetrar otros delitos, ya sea constitutivo de un acto de guerra. Así, los ataques entre miembros de las fuerzas combatientes enemigas no constituyen actos de terrorismo en sentido estricto. Eso es guerra, pura y simple.

5. Además, el *slogan* “guerra contra el terrorismo” ha conllevado, principalmente en los EEUU, la creación de un estado de excepción permanente⁵⁶³, que no respeta ni los límites del Derecho Penal liberal, ni la normativa internacional del *Ius in Bello*. Así, en primer lugar, es posible utilizar la prisión preventiva como medida de seguridad inoquizadora y las fuentes de peligro pueden construirse, no ya sobre la base de la personalidad (peligrosa), sino también a partir del origen, la raza o la religión profesada; y, en segundo lugar, cualquier miembro o colaborador de *Al Qaeda* o de los talibanes ha de ser considerado “combatiente enemigo ilegal”. Por tanto, aunque según las Convenciones de Ginebra un combatiente haya realizado actos legítimos en el marco de una guerra, o pese a que, en virtud de las leyes penales, tales personas sean meramente criminales que hayan colaborado con el terrorismo, están destinados a un limbo jurídico⁵⁶⁴.

6. Sin embargo, puesto que, en términos generales, el atentado que el terrorismo inflige al Estado democrático de Derecho es meramente simbólico, este fenómeno es una forma de criminalidad que debe ser tratada con los mecanismos instaurados por tales sistemas para luchar contra la delincuencia en tiempos de paz. Los sistemas democráticos occidentales no peligran realmente en la actualidad como consecuencia del terrorismo. Más bien, son (y han sido) las medidas para combatirlo las que amenazan con destruir nuestros modelos de gobierno. Ahora bien, en caso de que el propio sistema político de un Estado determinado

⁵⁶³ En este sentido, PRITTWITZ, “¿Guerra en tiempos de paz?”, p. 180, hace referencia a “pérdida de libertades por culpa de unos Estados y unas sociedades que se dejan sacar de su equilibrio con demasiada facilidad y que, en la duda, mayoritariamente se deciden *pro securitate y contra libertatem*”.

⁵⁶⁴ GOLOVE/HOLMES, “Terrorism and Accountability”, p. 6, también denominan la base de Guantánamo como “zona libre de derecho”.

estuviera en peligro real a causa de acciones terroristas sí sería legítimo acudir a la normativa prevista para tiempos de guerra, lo que, hoy en día, sólo podría resultar predicable de algunos países musulmanes inestables, que son azotados por las acciones de grupos islamistas radicales. Por tanto, tales situaciones son excepcionales, sin que justifiquen la “guerra contra el terrorismo global” que, en general occidente, está librando contra *Al Qaeda*.

7. En definitiva, pues, para los tres poderes que conforman el Estado, así como para los medios de comunicación (el denominado cuarto poder), merecen el calificativo de terrorista desde los francotiradores de Washington, hasta una pequeña y aislada explosión en la vía pública, pasando por la guerra de Irak, los GAL, Pinochet y los movimientos antiglobalización o los disturbios callejeros sucedidos en las afueras de la capital francesa en noviembre de 2005. Sin embargo, en este capítulo he intentado poner de relieve que no todo puede y merece ser calificado como terrorismo.

8. Ciertamente, se podrá tachar de restrictivo el concepto defendido en este trabajo, pero, en la práctica, tiene más ventajas que inconvenientes. Los grupos terroristas que directamente afectan (o han afectado) a nuestra sociedad o a las de nuestro entorno cultural son, sin duda, terroristas: ETA, IRA, GRAPO, *Al Qaeda*. Ahora bien, a su vez permite diferenciar este fenómeno de otras tipologías de delincuencia organizada y violenta, que, aunque poseen un contenido de injusto menor (*Skinheads*, grupos mafiosos, etc.), podrían acabar subsumiéndose en estos delitos. Además, los delitos de lesa humanidad se presentan como idóneos para castigar con más pena, respecto a la delincuencia común, tal criminalidad organizada, cuando sus ataques revistan los caracteres de sistemáticos o generalizados contra la población civil.

9. Así, en la práctica, el concepto de terrorismo aportado solamente tiene efectos respecto al denominado “terrorismo de Estado”. Sin embargo, por un lado, hay un sector doctrinal que tampoco considera que éste sea posible desde las instituciones gubernamentales de un país; y, por el otro, le quita emotividad a este término⁵⁶⁵, es decir, “desdemoniza” la categoría de “terrorista”⁵⁶⁶. No olvidemos que un terrorista es, al fin y al cabo, un delincuente. La gravedad de su conducta ha de reflejarse en la pena

⁵⁶⁵ Como indica LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, p. 539, el vocablo terrorismo en el lenguaje común es más emotivo que descriptivo.

⁵⁶⁶ En el mismo sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 35.

impuesta, pero no debe “demonizar” el grupo al que pertenece. De este modo, afirmar que, jurídicamente, luchar contra el terrorismo sin respetar el Estado de Derecho no es terrorismo, no significa que no sea también algo muy grave, que una cosa sea mejor que la otra⁵⁶⁷. Desde un plano simbólico, el Estado democrático de Derecho sufre un daño de la misma intensidad. Debe, por tanto, tratarse con el mismo rigor punitivo, pero específicamente. En este sentido, quien es desposeído de su propiedad mediante una estafa o a través de una apropiación indebida sufre, al fin y al cabo, el mismo resultado: se queda sin la cosa. Es más, la pena es idéntica en nuestro Código Penal para ambos delitos⁵⁶⁸. Ahora bien, nadie pone en duda que ambas figuras típicas son distintas (esto es, tienen una estructura diferente). Lo mismo, pues, debería valer para la delincuencia terrorista.

⁵⁶⁷ Como indica GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 35, “la mala reputación del terrorismo ha hecho que se tienda a equiparar ambos conceptos”, lo que hace perder de vista “el verdadero significado de la estrategia terrorista”.

⁵⁶⁸ Cfr. los arts. 249, 250 y 252 CP.

SEGUNDA PARTE.

CARACTERÍSTICAS DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA: ENTRE EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO, EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

I. INTRODUCCIÓN

Es una realidad la preocupación que el terrorismo suscita en los Estados democráticos⁵⁶⁹, especialmente en aquéllos que son (o han sido) golpeados por tal forma de delincuencia⁵⁷⁰. Así, en España, este fenómeno tiene una trascendencia especial pues, desde hace ya algunas décadas, son muy frecuentes los atentados cometidos por la banda armada ETA⁵⁷¹. Por ello, el terrorismo se ha configurado desde el nacimiento de la democracia en nuestro país como uno de los problemas estructurales más importantes⁵⁷² y de más difícil solución. Además, ha conllevado la aparición de una opinión pública muy sensible ante dicho fenómeno⁵⁷³ y que siempre ha demandado una protección más “eficaz”

⁵⁶⁹ A juicio de PÉREZ AGUSTÍ, *El terrorismo*, p. 7, se trata del fenómeno desestabilizador por excelencia. Véase, también, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 18.

⁵⁷⁰ Por ejemplo, sobre Alemania, véase el reciente trabajo de CANO PAÑOS, “Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania”, pp. 1 ss., respecto al análisis de su legislación penal y procesal especial en materia de terrorismo en las décadas de 1970 y 1980.

⁵⁷¹ SERRANO GÓMEZ, “El terrorismo en el derecho español”, p. 908, escribía, en 1989, que España era uno de los países donde mayor número de actos terroristas se daban a nivel internacional, así como en el número de víctimas. De este modo, como indica CANCIO MELLÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 5-6, texto y nota 12, la aplicación práctica de los delitos de terrorismo en nuestro ordenamiento jurídico no tiene parangón en ningún otro país de nuestro entorno, sobre todo por los ya más de cuarenta años de actividad de ETA.

⁵⁷² En el mismo sentido, BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000”, aptdo. I; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 31; GARCÍA VALDÉS, “La legislación antiterrorista”, p. 294; y LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 684.

⁵⁷³ Como indica PÉREZ CEPEDA, “Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo”, p. 228, en nuestra sociedad “han sido muy numerosos los atentados terroristas, los cuales se han cobrado un alto número de víctimas mortales, produciendo gran consternación y alarmas sociales por el carácter atroz de los hechos y la falta de escrúpulos manifiesta”. Así, según los barómetros mensuales del CIS (disponibles en www.cis.es) el terrorismo suele aparecer situado entre los tres problemas principales de

frente a este tipo de criminalidad que la dispensada por las normas que en cada momento la han regulado⁵⁷⁴.

Además, junto a este panorama histórico, desde los atentados del 11 de marzo de 2004 al terrorismo nacional se le ha agregado, dentro de nuestras fronteras, el internacional. Por tanto, tal situación no invita a pensar que esta materia vaya a dejar de ser una de las principales preocupaciones, tanto para el Estado español como para su ciudadanía, en un futuro próximo.

La consecuencia de dicha realidad es, pues, que la normativa que regula el terrorismo ha sido y sigue siendo excepcional en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁷⁵, tal y como se ha apuntado varias veces en el capítulo anterior. Ahora bien, no se ha determinado exactamente en que consiste dicha excepcionalidad. Por tanto, la primera tarea de esta segunda parte viene constituida por el análisis de los rasgos distintivos de la legislación antiterrorista, esto es, sobre las características del modelo español de lucha contra este fenómeno.

Como es sabido, en los últimos tiempos se ha descrito un determinado ámbito del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico-penales como “Derecho Penal del enemigo”, que se contrapone al “Derecho Penal del ciudadano”. Así, aquél se caracteriza por ser “un Derecho penal que trata a los infractores no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que deben ser desautorizados mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste”⁵⁷⁶. Sin embargo, hay que distinguir entre las medidas dirigidas a combatir peligros y aquéllas otras que respetan el injusto del hecho cometido. Ya se ha indicado que el desvalor de los delitos de terrorismo es mayor que el de las infracciones comunes⁵⁷⁷. Por tanto, debe determinarse si algunas excepciones legislativas en este ámbito tienen un fundamento legítimo. Ahora bien, también se tiene que resolver qué ocurre con las que no respetan los

España, desde ya hace años, siendo relegado al cuarto puesto en contadas excepciones (así, por ejemplo, en mayo de 2007).

⁵⁷⁴ Por ejemplo, véase *infra* 2^a.II.2.B y 2^a.II.5 la reforma realizada en materia de terrorismo por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

⁵⁷⁵ Así, también, GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, pp. 42 ss..

⁵⁷⁶ CANCIO MELIÁ, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo”, p. 20.

⁵⁷⁷ Véase *supra* 1^a.III.1.

límites del *Ius puniendi* característico de un Estado democrático de Derecho⁵⁷⁸. ¿Pueden la necesidad o la eficacia justificar su previsión? Es más, ¿y si no fueran ni necesarias?

La finalidad de este capítulo es, pues, la crítica global del modelo. Se trata de analizar qué puede hacerse y qué no en la lucha contra el terrorismo, es decir, qué es legítimo⁵⁷⁹, así como qué es eficaz o, por el contrario, meramente simbólico. Y, para ello, es indispensable partir del concepto elaborado en la primera parte del trabajo y de los bienes jurídicos atacados por este fenómeno. Sólo conociendo qué es el terrorismo y cuál es su contenido de injusto puede estarse en condiciones de establecer lo lícito y lo necesario para luchar contra él.

II. RASGOS DISTINTIVOS DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE TERRORISMO: DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Como acaba de indicarse, la doctrina ha detectado que en la actualidad existen determinados sectores del ordenamiento jurídico-penal cuya principal función se dirige a inocular a sujetos peligrosos para que estos no puedan delinquir en el futuro. Así, en vez de tratar a dichos infractores como ciudadanos se les considera enemigos, esto es, fuentes de las que se derivan riesgos para los demás. Por ello, quienes han tratado esta cuestión han denominado a tal fenómeno “Derecho Penal del enemigo”, cuyos rasgos son las siguientes: de acuerdo con la definición propuesta por JAKOBS, autor que ha introducido este término en la discusión teórica reciente⁵⁸⁰, éste se caracteriza, en primer lugar, por un “amplio

⁵⁷⁸ Como indica LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 22, “la política penal en este campo se ha caracterizado por un preocupante deterioro de las garantías del Estado de Derecho”. Y, esta misma autora añade, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 684, que “la legislación antiterrorista es donde el Estado democrático muestra de modo más patente una tendencia autoritaria que lesiona gravemente la eficacia de las garantías individuales”. Por su parte, RAMOS VÁZQUEZ, “Terrorismo e intervención penal”, p. 105, considera que el terrorismo “tiene la particularidad de provocar que el legislador penal olvide los principios básicos que la intervención punitiva debe respetar en el seno de un Estado Democrático de Derecho”.

⁵⁷⁹ En palabras de GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 86, hay que determinar “qué restricciones a los derechos y garantías constitucionales pueden establecerse, y qué medidas sustantivas para incriminar y castigar estos delitos son posibles en el marco de un Estado de Derecho”.

⁵⁸⁰ Lo cual se ha producido en tres fases: 1985, 1999/2000 y 2003/2005 (cfr. CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, p. 88, nota 1, y p. 111, nota 40). En

adelantamiento de la punibilidad”; en segundo lugar, por un “incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal normal”; y, finalmente, por la “relajación o la supresión de determinadas garantías procesales individuales”⁵⁸¹. Además, a juicio de CANCIO MELIÁ existen otros dos elementos definitorios de este concepto: por un lado, que “no se incriminan hechos propiamente dichos, sino conductas cuya relevancia reside sobre todo en su contenido simbólico”; y, por el otro, que “se advierten peculiaridades en la técnica de redacción de estas infracciones”, pues frecuentemente se utilizan términos tan ambiguos que vulneran el mandato de determinación que conlleva el principio de legalidad⁵⁸².

Así, pues, la doctrina ha puesto de relieve que la legislación antiterrorista es el máximo exponente del Derecho Penal del enemigo⁵⁸³, dado que las características genéricas que definen la normativa en este ámbito pueden resumirse del siguiente modo: relativización de derechos procesales; severidad punitiva; flexibilización de criterios de imputación; relajación de principios limitadores del *Ius puniendi*; y mayor rigor en el ámbito del tratamiento penitenciario⁵⁸⁴.

Ciertamente, como se verá, a partir del análisis de las manifestaciones concretas de estos rasgos generales –que o bien la doctrina o la jurisprudencia ya han puesto de relieve, o bien se aportan en este trabajo–, se desprende que algunas de las medidas previstas en materia antiterrorista pertenecen al Derecho Penal del enemigo, en tanto en cuanto constituyen excepciones contrarias a los principios y garantías de un Derecho Penal liberal. Sin embargo, no todas las críticas que se han realizado a la legislación sobre terrorismo se comparten en la presente investigación: en primer lugar, determinadas excepciones que algunos autores han apuntado como tales a mi juicio no lo son, esto es, se trata de

España, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, *passim*, p. 15, ya hacía referencia, en 1988, al ciudadano “amedrentado por ese ‘enemigo’” que representa el terrorista, y pp. 18, 38 y 40.

⁵⁸¹ CANCIO MELIÁ, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo”, p.21; EL MISMO, *Derecho penal del enemigo*, pp. 79-81 y notas 34 y 35.

⁵⁸² CANCIO MELIÁ, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo”, p.21; EL MISMO, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, pp. 111-112, texto y notas 40 y 41.

⁵⁸³ ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 248; CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 51 ss.; DAMIÁN MORENO, “¿Un Derecho Procesal de enemigos?”, p. 463; y JAKOBS, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, p. 46. Y, es que, como apunta GERSTEIN, “¿Tienen derechos los terroristas?”, p. 95, “si hay alguien que pueda perder el derecho de tener cualquier derecho, éste es el terrorista”.

⁵⁸⁴ Véase, también, QUINTERO OLIVARES, “Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo”, pp. 217 ss.

medidas que también están previstas en otros ámbitos del ordenamiento jurídico en los que no se presentan dudas de legitimidad; y, en segundo lugar, algunas disposiciones legales, pese a constituir una excepción propia del ámbito terrorista, tienen un fundamento legítimo, por lo que, en realidad, pertenecen al Derecho Penal de ciudadanos. En consecuencia, pues, ni las unas ni las otras contradicen el marco jurídico característico de los Estados democráticos de Derecho.

De este modo, a continuación se expondrán, en primer lugar, las características de la legislación española en materia antiterrorista⁵⁸⁵ y se determinará cuáles de éstas constituyen verdaderas excepciones respecto a la normativa penal común; en segundo lugar, se analizará qué rasgos concretos son exponente del Derecho penal del enemigo o, por el contrario, pertenecen al Derecho Penal de ciudadanos, al ser la sanción respetuosa con el injusto del hecho cometido; y, por último, se tomará postura respecto a la legitimidad o no de un Derecho basado únicamente en combatir peligros y en señalar al otro, al diferente, al enemigo.

1. La relativización de derechos procesales

En el ámbito del proceso penal, tanto la Constitución como la legalidad ordinaria prevén una serie de excepciones en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. Así, determinados derechos fundamentales y garantías procesales de los delincuentes terroristas están sujetos a normas menos estrictas que las previstas para otras modalidades de criminalidad.

A) *El art. 55.2 CE*

La Constitución, en su art. 55. 2, establece que los derechos fundamentales a que la detención preventiva no exceda de setenta y dos horas, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones pueden ser suspendidos “*en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*”⁵⁸⁶. De este modo, la LO

⁵⁸⁵ Hay que puntualizar que sólo se hará mención de las medidas legislativas que agravan el rigor punitivo en materia de terrorismo. No se analizará, en cambio, el denominado Derecho Penal premial, al que pertenece la atenuación penológica de los arrepentidos (art. 579.3 CP). Sobre esta cuestión, véase, especialmente, CUERDA-ARNAU *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, passim*.

⁵⁸⁶ Sobre esta materia, véase, con más detalle, CATALINA BENAVENTE, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo”, pp. 171 ss.

4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que desarrolla el citado precepto, permite que la detención preventiva dure cuarenta y ocho horas más, y, respecto a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, determina que puede prescindirse de la autorización judicial previa para entradas y registros y para la intervención de las comunicaciones⁵⁸⁷.

B) La competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional

La instrucción y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo están atribuidos a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, respectivamente, con sede en Madrid⁵⁸⁸, en vez de a los órganos judiciales del lugar de la comisión de los hechos. Así, un sector doctrinal⁵⁸⁹ ha puesto de relieve que se niega a los presuntos terroristas el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE)⁵⁹⁰.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional⁵⁹¹ ha establecido que este derecho fundamental “exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial; que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional; que la composición

⁵⁸⁷ Por su parte, la STC 71/1994, de 3 de marzo (ponente Cruz Villalón), determina los requisitos para que el desarrollo legal del art. 55 CE sea constitucional. Y, la STC 199/1987, de 16 de diciembre (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), establece que las medidas contenidas en el art. 55.2 CE no son aplicables a los acusados de apología del terrorismo (respecto a esta última cuestión, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 189, considera que estas medidas tampoco se pueden aplicar al terrorista individual, ni a quién se relacione con él).

⁵⁸⁸ Véase la disposición transitoria de la LO 4/1988: “Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terrorista o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores”.

⁵⁸⁹ GIMENO SENDRA, “Los derechos de acción penal al Juez legal”, p. 154; MUÑAGORRI LAGUÍA, “La Administración de Justicia y los procesos de criminalización”, p. 160; y PORTILLA CONTRERAS, “El Derecho penal y procesal del ‘enemigo’”, p. 710, texto y nota 70.

⁵⁹⁰ Sobre éste, véase, ampliamente, DE DIEGO DíEZ, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, passim*.

⁵⁹¹ Sentencias 47/1983, de 31 de mayo (ponente Begué Cantón); y 101/1984, de 8 de noviembre (ponente Tomás y Valiente).

del órgano judicial venga determinada por la ley; y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente”. A la postre, pues, “se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho comporta, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes”. De este modo, como indica MESTRE DELGADO⁵⁹², la Audiencia Nacional cumple “escrupulosamente los requisitos que conforman el derecho constitucional debatido”, puesto que no pertenece a una jurisdicción especial, desarrolla su cometido conforme a unos procedimientos establecidos por la ley con anterioridad a la comisión de los hechos enjuiciados y los magistrados que lo componen son imparciales e independientes⁵⁹³. Por tanto, la existencia de este tribunal no constituye una excepción al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

C) *El mito de la incomunicación*

Desde la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, el régimen de incomunicación de los detenidos y presos terroristas no es excepcional ni más grave que el común, pese a que se afirme lo contrario⁵⁹⁴.

De entrada, si bien es cierto que el art. 509 LECrim establece dos plazos de incomunicación, el criterio de distinción entre ambos no es la actividad terrorista, ni, incluso la criminalidad organizada. Por el contrario, la ley diferencia entre la delincuencia individual y la codelincuencia. Así, el plazo de incomunicación para los casos de autor único es de cinco días. En cambio, en los supuestos en los que el presunto delito es cometido por “*persona integrada o relacionada con bandas armadas*”⁵⁹⁵, o, también, cuando es realizado por más de un sujeto concertadamente y de forma organizada, hay dos excepciones: en primer lugar, la incomunicación

⁵⁹² MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 100-101.

⁵⁹³ En el mismo sentido, BUENO ARÚS, “Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo”, p. 148; y DE MENDIZÁBAL ALLENDE, “La Audiencia Nacional y la unidad de jurisdicción”, pp. 1.990-1.991.

⁵⁹⁴ Así, por ejemplo, CATALINA BENAVENTE, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo”, p. 216; DAMIÁN MORENO, “¿Un Derecho Procesal de enemigos?”, pp. 466-467; y PORTILLA CONTRERAS, “El Derecho penal y procesal del ‘enemigo’”, p. 708.

⁵⁹⁵ Hay que indicar que este precepto también hace referencia a “*individuos terroristas o rebeldes*”, por lo que el terrorismo practicado a modo de autor único sí tiene adscrito un régimen de incomunicación excepcional. Sin embargo, como se ha indicado *supra* (1^a.VI.3.A), este fenómeno es, de hecho, inexistente en España.

puede prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días; y, en segundo lugar, tales presos puede volver a quedar incomunicados tres días más como máximo, “*aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que la causa ofreciere méritos para ello*”⁵⁹⁶.

Además, aunque la incomunicación conlleva la pérdida de determinados derechos procesales⁵⁹⁷ para asegurar que cumple los fines por los que se decretó (art. 527 LECrim), este régimen no contiene excepciones en los supuestos de terrorismo. Así, las razones (motivadas) de la incomunicación han de ser alguna de las siguientes: “*evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos*” (art. 509.1 y 3 LECrim).

Por tanto, si se cumple la legalidad vigente, la incomunicación tiene sentido en aquellos supuestos en los que una detención podría implicar que otros intervinientes implicados en los mismos hechos delictivos que el detenido lograsen evadirse a la acción de la justicia (destruyendo pruebas, amenazando a las víctimas, huyendo y ocultándose, etc.)⁵⁹⁸. En definitiva, pues, la detención incomunicada tiene por objeto “aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta” (STC 196/1987, de 11 de diciembre, ponente Díaz Eimil), lo que, a mi juicio, es legítimo en los supuestos en los que exista peligro de que se “filtre” información relevante al exterior⁵⁹⁹, tanto en el ámbito del terrorismo como en cualquier otro.

⁵⁹⁶ Para más detalles sobre los requisitos para acordar la detención incomunicada, su finalidad, la duración y el procedimiento para ello, véase CATALINA BENAVENTE, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo”, pp. 181 ss.

⁵⁹⁷ En concreto, la incomunicación de la detención se traduce en la restricción de tres derechos reconocidos con carácter general a todos los detenidos: imposibilidad de nombrar abogado de su confianza; imposibilidad de poner en conocimiento de persona de su confianza el hecho y lugar de la detención; e imposibilidad de entrevistarse reservadamente con el abogado. Sobre esta cuestión, cfr. CATALINA BENAVENTE, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo”, pp. 191 ss.

⁵⁹⁸ Como indica CATALINA BENAVENTE, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo”, p. 183, mientras que la prisión provisional “trata de impedir que sea el imputado el que se fugue, el que haga desaparecer fuentes de prueba, o el que intente volver a delinquir”, la detención/prisión incomunicadas pretende “evitar que ‘personas supuestamente implicadas en los hechos investigados’ puedan realizar cualquiera de estas conductas”.

⁵⁹⁹ En este sentido, CATALINA BENAVENTE, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo”, p. 184, considera que la incomunicación permite “que la policía pueda seguir contando durante un breve período de tiempo con cierta ‘ventaja’, que en ocasiones el

2. La extrema gravedad de las penas señaladas a los delitos relacionados con el terrorismo

Actualmente, la gravedad del castigo en el ámbito del terrorismo tiene dos vertientes⁶⁰⁰: por un lado, se aumentan las penas de los delitos comunes realizados en el marco de este fenómeno; por el otro, el límite máximo que deriva de la aplicación de las normas del concurso real es de 40 años. Además, el tiempo de inhabilitación absoluta puede alcanzar los 60 años y está prevista la agravante de reincidencia aún cuando la condena haya sido impuesta fuera de nuestras fronteras.

A) La agravación de los delitos comunes

Los arts. 571 a 574 CP agravan todas las penas de los delitos comunes cuando éstos se cometen por quienes pertenecen, actúan al servicio o colaboran con banda armada, organización o grupo terrorista. En sentido similar, el art. 577 CP prevé la pena superior en grado a la de determinados delitos comunes cuando se realizan por sujetos cuya finalidad es, directa o indirectamente, subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, y no pertenecen a dichas organizaciones.

Por su parte, el acto de colaboración consistente en trasladar y ocultar a personas vinculadas con bandas u organizaciones terroristas, que no es más que una modalidad de encubrimiento personal, se castiga con una pena de 5 a 10 años de prisión (art. 576 CP). En cambio, el art. 451.3º CP sanciona el encubrimiento personal “común” con la pena privativa de libertad de 6 meses a 3 años⁶⁰¹.

Estado de Derecho requiere para poder hacer frente a las actividades terroristas”. Por el contrario, considera que no está justificado el plazo previsto para la prisión provisional incomunicada, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 874.

⁶⁰⁰ Como indica BUENO ARÚS, “Principios generales de la legislación antiterrorista”, p. 138, “las penas previstas para el terrorismo son las más graves que ofrece el *arsenal* punitivo del ordenamiento del país afectado”.

⁶⁰¹ Téngase en cuenta que según la jurisprudencia, la relación entre el acto de colaboración consistente en trasladar y ocultar a personas y la figura del encubrimiento personal es de concurso de normas, no de delitos, por aplicación del principio de especialidad previsto en el art. 8.1ª CP (cfr. las SSTs de 3 de abril de 2002, ponente Martín Pallín; y de 19 de mayo de 2003, ponente Saavedra Ruiz). En la doctrina, acoge

B) El límite de 40 años

Desde la reforma operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, el límite máximo de cumplimiento en el ámbito del terrorismo es, excepcionalmente, de 40 años. En concreto, esta cifra es aplicable a los supuestos de concurso real entre dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigado con pena de prisión superior a 20 años (art. 76.1.d) CP)⁶⁰².

a) En relación con el principio de igualdad

Ante todo, tal excepción plantea, a mi juicio, problemas desde la óptica del principio de igualdad. Actualmente, las normas del concurso real también prevén una pena de 40 años en supuestos de delincuencia “común” (art. 76.1 c) CP). Sin embargo, en estos casos, requieren que al menos **dos** de los delitos por los que se condena tienen que estar castigados con pena superior a 20 años (a diferencia de la comisión de delitos de terrorismo, en los que es suficiente con que **uno** de ellos tenga prevista dicha pena).

Ahora bien, si el marco penal inicial de un delito se sitúa por encima de los 20 años es porque el contenido de injusto de dicha infracción es equiparable a una sanción de tal calibre, sin que importe la concreta naturaleza del delito. Es decir, determinados delitos comunes son tan graves como el delito terrorista de homicidio o asesinato, aunque la naturaleza sea distinta, por lo que el legislador ha considerado que merecen la misma pena. Así, según el art. 572.1.1º CP, el miembro de una organización terrorista que mate a otra persona será castigado con la pena

esta postura CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 87. En cambio, MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, p. 214, se decanta por la aplicación del concurso de delitos. Por su parte, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.620, considera que “los casos de encubrimiento del responsable de un hecho concreto de terrorismo no constituyen delito de colaboración con banda armada del art. 576, sino del delito del art. 451.3º CP”, pese a que pone de relieve la diferencia penológica de ambos delitos. Sin embargo con base en esta postura, esconder al responsable de un homicidio terrorista justo después de su ejecución es una conducta más leve que acoger a un colaborador con banda armada, lo que es ilógico y desproporcionado.

⁶⁰² El Código Penal de 1995, antes de dicha reforma, establecía una pena de 30 años para estos supuestos.

de prisión de 20 a 30 años. Sin embargo, también la pena prevista para el asesinato hiperagravado o para el regicidio es de 20 a 25 años (arts. 140 y 485.1 CP, respectivamente)⁶⁰³.

Por tanto, el mayor rigor punitivo del concurso real, en supuestos de terrorismo, pone en entredicho el principio de igualdad al tratar de modo diferente supuestos de la misma gravedad: si el marco penal inicial de algunos delitos es cuantitativamente idéntico en términos de injusto, las normas del concurso real no deberían distinguir entre ellos según su calidad.

b) En relación con el principio de *non bis in idem*

Además, y en segundo lugar, el legislador tiene en cuenta dos veces la naturaleza de los delitos de terrorismo para agravar su pena y distinguirlos de la delincuencia común. Tal propiedad sirve para imponer un marco penal inicial más grave, por un lado, y, por el otro, para endurecer las normas del concurso real de delitos. De este modo, la doble valoración del mismo elemento pone en tela de juicio el principio *non bis in idem*.

C) La inhabilitación absoluta

El art. 579.2 CP establece que los responsables de los delitos de terrorismo deberán ser castigados con la pena de inhabilitación absoluta, una vez cumplida la pena privativa de libertad, entre 6 y 20 años más. De este modo, el límite máximo general de 20 años previsto para la inhabilitación absoluta (art. 40 CP) puede superarse en materia de delitos de terrorismo hasta el triple de tiempo⁶⁰⁴. Además, es variable y muy amplio. Como pone de relieve MANJÓN-CABEZA OLMEDA⁶⁰⁵, “no hay en el Código ningún otro caso en el que la pena se exprese de esta forma tan indeterminada y con tan amplísimos márgenes”.

⁶⁰³ Es más, en este segundo caso, el art. 485.3 CP establece que debe imponerse la pena de 25 a 30 años si en la muerte de las personas enumeradas en el apartado primero concurren dos o más circunstancias agravantes.

⁶⁰⁴ Si la pena privativa de libertad impuesta es de 40 años, la cual conlleva la de inhabilitación absoluta (art. 55 CP), los 20 años de inhabilitación absoluta previstos expresamente en el ámbito del terrorismo empezarán a contar a partir de la extinción de aquélla.

⁶⁰⁵ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Apología del terrorismo”, p. 558.

D) La reincidencia internacional

En principio, para que concurra la agravante de reincidencia en nuestro ordenamiento jurídico la sentencia o sentencias antecedentes deben haber sido dictadas por un órgano jurisdiccional español. Sin embargo, esta regla se exceptúa en los casos en que el Código Penal se remite expresamente a las condenas de tribunales extranjeros, como sucede en el ámbito de los delitos de terrorismo⁶⁰⁶.

Así, en virtud de lo establecido en el art. 580 CP, se tiene que aplicar la agravante de reincidencia cuando exista una condena anterior relacionada con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas impuesta por un juez o tribunal extranjero⁶⁰⁷.

3. La relajación de determinados criterios de imputación

Como es sabido, el Código Penal español sólo castiga con carácter general aquellas conductas delictivas que han alcanzado la fase de ejecución, esto es, que han comenzado la tentativa, aunque en algunas modalidades delictivas más graves también se punen los actos preparatorios. Sin embargo, en materia de terrorismo, la conspiración, la

⁶⁰⁶ Los otros supuestos previstos en el Código Penal se refieren a los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art. 190); los delitos de tráfico de drogas (art. 375); y la falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 388).

⁶⁰⁷ Los requisitos que tienen que concurrir son los siguientes. En primer lugar, la sentencia extranjera debe ser firme. En segundo lugar, es necesario que “exista una sustancial correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes protegidos por la norma en el delito que se enjuicia y en otro precedentemente enjuiciado en un ordenamiento extranjero”. Para ello, “el elemento fundamental a tomar en cuenta es que el delito sea cometido por bandas armadas o terroristas, existiendo instrumentos internacionales, que establecen criterios objetivos en la determinación del concepto de terrorismo”. En tercer lugar, en el caso de que el tribunal extranjero no hubiese respetado los derechos de defensa y las garantías constitucionales del proceso recogidas en el art. 24 CE no podrá aplicarse la agravación por existir una contradicción con el orden público (respecto a los requisitos segundo y tercero, véase la STC 199/1987, de 16 de diciembre, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlament de Catalunya que consideraba que dicha disposición vulneraba los principios de legalidad penal y de tutela judicial efectiva). Por último, aunque el precepto no lo indique expresamente –y sí se haga en los arts. 375 (tráfico de drogas) y 388 CP (falsificación de moneda y efectos timbrados)-, si los antecedentes extranjeros hubieran sido cancelados o podido serlo conforme a lo previsto en el art. 136 CP no podrá ser apreciada la agravante de reincidencia internacional.

proposición y la provocación se sancionan como *numerus apertus*, y, además, es típica tanto la pertenencia como la colaboración con banda armada terrorista.

Por otro lado, junto a dicho adelantamiento de las barreras de punición, un sector de la doctrina considera que en materia terrorista existen supuestos en los que se equiparan formas de autoría y de participación, vulnerando las normas de la parte general relativas a esta cuestión.

A) El adelantamiento de las barreras de punición

a) La pertenencia y la colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista

Como es sobradamente conocido, la pertenencia a una organización criminal sanciona comportamientos lejanos a la efectiva lesión de bienes jurídicos individuales⁶⁰⁸, lo que plantea dudas sobre su legitimidad⁶⁰⁹. Sin embargo, el art. 516 CP castiga a los miembros de bandas armadas u organizaciones terroristas con independencia de su intervención a título de autoría o participación en un delito específico, o de su vinculación con un acto preparatorio punible.

Por su parte, el art. 576 CP tipifica el denominado delito de colaboración con banda armada. Según la doctrina y la jurisprudencia, este precepto describe conductas que tampoco producen ningún resultado lesivo ni una puesta en peligro concreto de un bien personal. De nuevo, se trata de un delito de peligro abstracto⁶¹⁰ que castiga a quienes, pese a no ser miembros, realizan aportaciones genéricas a las actividades de una organización terrorista que no se materializan en un delito específico o que no es posible probar en cuál se ha concretado⁶¹¹.

⁶⁰⁸ PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 16, 18 y, especialmente, 55 ss.

⁶⁰⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.069 ss.

⁶¹⁰ Cfr. las SSTs de 2 de febrero de 1993 (ponente Bacigalupo Zapater); de 29 de noviembre de 1997 (ponente García-Calvo y Montiel); de 11 de febrero de 2000 (ponente Prego de Oliver y Tolivar); y de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar); y la SAN de 20 de octubre de 2000 (ponente Ollero Butler). En la doctrina, sólo RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 70, considera que la colaboración con banda armada no es un delito de peligro abstracto. A su juicio, este precepto “pone en peligro efectivo el bien jurídico protegido, que no es la vida o la integridad física (...), sino la seguridad interior del Estado y el propio orden constitucional”.

⁶¹¹ Véase *infra* 3ª.II.

b) Los actos preparatorios punibles como *numerus apertus*

En el Código Penal español la regulación de los actos preparatorios punibles se corresponde con el modelo de *numerus clausus*. En orden a salvaguardar el carácter fragmentario del Derecho Penal⁶¹², la conspiración, la proposición y la provocación sólo se castigan para cometer aquellos delitos que protegen los bienes jurídicos de mayor importancia en nuestra comunidad: vida, integridad, libertad, etc.

No obstante, en materia terrorista, tales actos se configuran como un *numerus apertus*: por un lado, el art. 579.1 CP castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de terrorismo; y, por el otro, el art. 574 CP prevé como terrorista la ejecución de cualquier infracción común.

B) La equiparación entre formas de autoría y formas de participación

a) En la ejecución de los delitos terroristas

Nuestro Código Penal diferencia entre la pertenencia genérica a banda armada y la colaboración con organización terrorista, a la que le asigna una pena menor (arts. 516 y 576 CP, respectivamente). Sin embargo, equipara ambas modalidades cuando se cometen concretos delitos de terrorismo o se participa en su ejecución.

En concreto, hay tres posibles puntos de conexión entre el sujeto activo de los delitos materialmente terroristas y la banda armada, organización o grupo. Así, tanto sus miembros, como los que actúan a su servicio, así como los colaboradores pueden cometer los tipos previstos en los arts. 571 a 574 CP. De este modo, la pena del colaborador externo que ejecuta o participa en un delito terrorista concreto es la misma que si el ejecutor o partícipe hubiera sido el miembro.

Por esta razón, un sector de la doctrina considera que la ley equipara formas de autoría y de participación, lo que contradice las normas de la

⁶¹² Como establece MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 127, el Derecho Penal “no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”.

parte general relativas a tal cuestión⁶¹³. Ahora bien, la fórmula de conexión entre miembros y colaboradores hace referencia a la relación con la organización, no al delito concreto cometido que siempre tiene que ejecutarse a título de autoría⁶¹⁴. Por tanto, la intervención de una persona en un delito concreto que se le atribuirá a una banda armada terrorista es independiente de si ésta, en general, es miembro de la organización o, por el contrario, le presta su ayuda ocasionalmente⁶¹⁵. Tal cuestión es sólo relevante a efectos de aplicar mayor o menor pena por los delitos de pertenencia o colaboración. Los concretos delitos-fin cometidos en el seno de una banda armada envían el mismo mensaje a la sociedad y al Gobierno, es decir, instrumentalizan del mismo modo a las víctimas, con independencia de la vinculación, estable o esporádica, entre el autor individual del hecho y la organización. En definitiva, pues, lo relevante es el hecho delictivo concreto cometido en nombre de una asociación terrorista –a título de autor-⁶¹⁶, por lo que al no existir una verdadera excepción a las normas de la parte general tal crítica no me parece correcta.

b) En el delito de colaboración con banda armada

Del mismo modo, algún autor ha puesto de relieve que el delito de colaboración con banda armada convierte formas genéricas de participación en una organización terrorista en formas de autoría⁶¹⁷. Es decir, aquellas aportaciones que de poder vincularse con un delito concreto constituirían participación en el delito, se castigan a título de autor.

⁶¹³ Así, ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, p. 187; y CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 75-77, quien, además, considera que esta equiparación implica una quiebra del principio de proporcionalidad y un factor criminógeno. Por su parte, SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 186, opina que al identificar el delito de colaboración con conductas de participación (cooperación necesaria y complicidad), “el legislador introdujo un elemento perturbador al servirse del término colaborar” en los arts. 571 a 574 CP.

⁶¹⁴ Así, CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.042. En el mismo sentido, CANCIO MELLÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 190.

⁶¹⁵ Véase *infra* 3^o.II.2 la diferencia entre la pertenencia y la colaboración.

⁶¹⁶ Del mismo modo, los delitos-medio cometidos para facilitar los delitos-fin tienen el mismo potencial lesivo, independientemente del sujeto activo que los lleve a cabo. Es decir, la concreta falsificación de un DNI, por ejemplo, para encubrir la identidad de un miembro de organización terrorista, le reporta los mismos beneficios a la banda con independencia de si el sujeto activo pertenece o sólo colabora con ésta.

⁶¹⁷ Véase GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho Penal*, p. 174.

Así, por ejemplo, pasar información a una banda armada sobre una futura víctima es una forma de participación en un asesinato desde el momento en que se comienza a ejecutar dicho delito. Ahora bien, mientras éste no se lleve a cabo (o no se pueda probar la vinculación entre ambos hechos), la información de personas es un acto de colaboración que se castiga como forma de autoría.

No obstante, esta crítica tampoco se basa en una verdadera excepción. En otros ámbitos distintos al terrorismo el Código Penal castiga como formas de autoría supuestos de participación sin que ello resulte ilegítimo, ya que de no preverse autónomamente serían atípicas. Así, por ejemplo, la cooperación e inducción al suicidio constituye el caso más claro⁶¹⁸. Por tanto, en el tipo de colaboración con banda armada el problema no reside en equiparar las distintas modalidades de intervención en un delito, sino, como acaba de indicarse, en el adelantamiento de las barreras de punición. Es decir, la cuestión a debatir no versa sobre la legitimidad de castigar como formas de autoría conductas que, una vez iniciada la ejecución y si pudieran vincularse con la fase de tentativa o de consumación, se sancionarían como participación, sino, precisamente, sobre su tipificación ya en esa fase del *iter criminis*.

4. La flexibilización de principios limitadores del *Ius puniendi* en la configuración de los tipos penales

Como indica MIR PUIG⁶¹⁹, el Derecho Penal liberal tiene que respetar ciertos límites a fin de ejercer legítimamente su potestad punitiva. Así, un Estado democrático de Derecho debe someterse a determinados postulados entre los que destacan los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad. Sin embargo, a la hora de tipificar las distintas modalidades delictivas en el ámbito del terrorismo se pone de relieve que el legislador flexibiliza dichos principios, lo que conlleva problemas en relación con la seguridad jurídica, la proporción en el monto de las penas y la responsabilidad por el hecho propio.

⁶¹⁸ Cfr. el art. 143 CP.

⁶¹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 113 ss.

A) El principio de legalidad en su vertiente de lex certa

Como es sabido, uno de los requisitos que se deriva del principio de legalidad de un Estado de Derecho es el de *lex certa* que conlleva que las leyes penales deben ser precisas. Dicho postulado da lugar al denominado mandato de determinación, que exige, en lo que aquí interesa, que los tipos tienen que determinar de forma clara y diferenciada las distintas conductas punibles y que no pueden utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas⁶²⁰.

a) El concepto de terrorismo

Una de las cuestiones que más debate ha suscitado respecto al mandato de determinación versa sobre el propio concepto de terrorismo. Tradicionalmente, en nuestra legislación no ha existido una definición expresa de este término en ningún cuerpo legal⁶²¹.

Así, en 1988, el Parlamento Vasco promovió un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LO 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes. La parte recurrente argumentó que el empleo por los preceptos penales de la expresión “organizaciones terroristas” atentaba contra el principio de legalidad penal, por resultar inconciliable con las exigencias de tipicidad derivadas del art. 25.1 CE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 89/1993, de 12 de marzo, (ponente De la Vega Benayas), desestimó el recurso porque, a su parecer, “la introducción de la expresión organizaciones terroristas sin definición expresa no resulta[ba] inconstitucional ya que el referido texto se inserta[ba] en el seno de un ordenamiento que proporciona[ba] datos para la determinación clara y precisa de la noción, lo que satisfac[ía] el principio de tipicidad penal”⁶²².

⁶²⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 116-117; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 63 y 129.

⁶²¹ Lo pone de relieve DE PRADA SOLAESA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, p. 73.

⁶²² En contra de esta postura, según TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 39, los conceptos de banda armada, elemento terrorista, organización terrorista y elemento rebelde a los que hacían referencia las LO 3 y 4/1988 no eran respetuosos con el principio de igualdad por ser términos imprecisos e inequívocos.

Sin embargo, hay que poner de relieve que, actualmente, el problema no es tanto la inexistencia de una definición de terrorismo –recuérdese que según la interpretación sistemática entre los arts. 571 ss. CP, terrorismo es la actividad delictiva que realizan determinados grupos u organizaciones con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública–, sino que el concepto que ha elaborado la ley penal es muy amplio y los términos “orden constitucional” y “paz pública” son vagos e imprecisos⁶²³.

b) La cláusula “cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación”

El delito previsto en el art. 576 CP enumera las concretas conductas que considera que constituyen actos de colaboración con una banda armada⁶²⁴. Ahora bien, dicho precepto contiene una cláusula de cierre genérica que reza que también tendrá tal naturaleza “cualquier otra forma” de cooperación, ayuda o mediación con las actividades o finalidades de una organización terrorista.

Por esta razón, tanto la doctrina⁶²⁵ como los tribunales⁶²⁶ han planteado que tal previsión atenta contra los principios de certeza y de seguridad jurídica que se derivan del principio de legalidad penal, en tanto en cuanto la ley utiliza una cláusula general indeterminada sin diferenciar ni concretar las distintas conductas punibles.

⁶²³ Véase *supra* 1ª.VII.1.

⁶²⁴ Según el art. 576.2 CP, “son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas”.

⁶²⁵ CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 61; GALIARDO LÓPEZ, “Consideraciones en torno a la Sentencia T.S. 2/1997”, p. 545; GÓMEZ BENÍTEZ, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, p. 48; y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 909.

⁶²⁶ En este sentido, la SAN de 20 de octubre de 2000 (ponente Ollero Butler) reconoce que la descripción enunciativa de actividades que realiza este precepto, la cual extiende la tipicidad penal a cualquier otra forma de colaboración, ayuda o mediación económica o de otro género, hace que padezcan “los principios de legalidad y seguridad jurídica”. No obstante, también puede leerse la opinión contraria. Así, la STS de 29 de noviembre de 1997 (ponente García-Calvo y Montiel) establece que la cláusula general del art. 576 CP “no puede estimarse lesiva del principio de legalidad dado que permite determinar con claridad cuáles son las acciones prohibidas y constituye una evidente respuesta al designio legislativo de reducir al máximo las posibilidades de apoyo a las actividades terroristas a fin de proteger con toda amplitud los bienes jurídicos que la existencia de las mismas amenaza”.

Sin embargo, aunque es cierto que tal crítica tenía sentido bajo la vigencia del CP'73, la inclusión de la palabra “equivalentes” en la citada cláusula, introducida por el Código Penal de 1995, conlleva, a mi juicio, que ésta no atente contra el principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*⁶²⁷. Puesto que los actos expresamente previstos en el art. 576 CP se configuran en un sentido físico-material, sólo serán equivalentes aquéllos que aporten a una organización terrorista medios materiales, logísticos o personales a su actividad de la misma naturaleza e importancia que los descritos⁶²⁸.

Por ejemplo, las siguientes conductas son equivalentes a la ocultación o el traslado de personas: realizar actividades de lanzadera para avisar de la existencia de controles policiales⁶²⁹; entregar DNIs falsos para encubrir la identidad de miembros de organización terrorista⁶³⁰; o ayudar a un terrorista a pasar a pie la frontera hasta el territorio francés⁶³¹.

⁶²⁷ De hecho, hay que indicar que, como pone de relieve JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, p. 245, en Alemania, desde que LANGE recomendó el método de ejemplificación para concretar casos especialmente graves a principios de los años sesenta, éste ha sido usado con frecuencia por el legislador. Así, los “ejemplos típicos” o “ejemplos reglados” sirven para “distinguir el marco penal de determinadas clases de delitos mediante la introducción de un grupo de casos mejor definido que los denominados casos especialmente graves”.

⁶²⁸ Como afirma GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.621, “el denominador común de los actos de colaboración enumerados (...), es la aportación de medios materiales (locales, alojamientos, etc.), logísticos (información, vigilancia) o personales (ocultación, traslado, entrenamiento), destinados al desarrollo de la actividad terrorista”. En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada”, aptdo. III, considera que “el favorecimiento típico se caracteriza por su idoneidad objetiva de aportación logística para que otros –vinculados a la ‘organización’ terrorista- materialicen sus decisiones criminales”; y BILBAO UBILLOS, “La excarcelación tenía un precio”, *passim*, p. 304, cuando afirma que las acciones tipificadas en el art. 576 prevén “hipótesis de auxilio material y personal a las organizaciones armadas”, y p. 306. Por su parte, la STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar) establece que la esencia del art. 576 CP la constituye “poner a disposición de la organización, conociendo sus métodos, informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo”. Véase, también, JIMÉNEZ VILLAREJO, “Dos breves apuntes acerca de la STC ‘caso mesa HB’”, pp. 5-6. Cfr. *infra* 3ª.II.C.d.2º con más detalle.

⁶²⁹ SSTS de 14 de noviembre de 2000 (ponente Martín Pallín); y de 18 de junio de 2007 (ponente Monterde Ferer).

⁶³⁰ SAN de 12 de noviembre de 2002 (ponente Gómez Bermúdez).

⁶³¹ STS de 14 de mayo de 1999 (ponente Prego de Oliver y Tolivar).

B) *El principio de proporcionalidad*

Como es sabido, en la fase de creación de las infracciones penales, el principio de proporcionalidad⁶³² exige que la clase y el monto de la pena prevista guarden relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito⁶³³. Sin embargo, dada la inexistencia de una correspondencia natural entre delito y pena⁶³⁴, la vinculación entre ambos se establece de manera convencional, por lo que la proporcionalidad sólo puede afirmarse si previamente el legislador ha fijado una escala de penas que ordena los castigos en función de su importancia⁶³⁵. Así, en el marco de esta escala la relación de proporcionalidad toma como referencia la sanción prevista por el legislador para otras conductas de gravedad, bien similar, bien distinta⁶³⁶, de modo que se extrae una prohibición de establecer la misma pena para conductas que puedan considerarse de distinta relevancia⁶³⁷. No obstante, en el marco del terrorismo, esta manifestación del principio de proporcionalidad se pone en entredicho en los siguientes ámbitos.

a) ¿Es lo mismo pertenecer que colaborar?

En primer lugar, la pena privativa de libertad de 6 a 12 años prevista para quienes pertenecen, sin ser promotores o directores, a banda armada, organización o grupo terrorista (art. 516.2º CP) es prácticamente la misma que la establecida para los colaboradores (prisión de 5 a 10 años según art. 576 CP). No obstante, algo se ha mejorado respecto a la anterior regulación, la cual castigaba con idéntica pena (prisión de 6 a 12 años) ambos supuestos, por lo que la doctrina también había puesto de relieve que aquella normativa suponía un efecto criminógeno⁶³⁸.

⁶³² Como establece la STC 65/1986, de 22 de mayo (ponente Latorre Segura) el principio de proporcionalidad es ante todo un principio dirigido al legislador. Ésta es la vertiente de dicho principio conocido como proporcionalidad abstracta (frente a la proporcionalidad concreta que vincula a jueces y tribunales; cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, p. 283).

⁶³³ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 175.

⁶³⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 398 ss.

⁶³⁵ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 177.

⁶³⁶ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 178.

⁶³⁷ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 178.

⁶³⁸ Así, ARROYO ZAPATERO “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo”, p. 412, para quien con una legislación de tales características “los simpatizantes se integr[an] directamente en la lucha armada”; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 158; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 253; y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 87. Sin embargo, con la legislación actual

b) La misma pena para conductas de colaboración cuyo contenido de injusto es distinto

En segundo lugar, en el art. 576 CP caben comportamientos de naturaleza muy diversa, como se pondrá ampliamente de relieve⁶³⁹. Así, por ejemplo, la doctrina señala que no es lo mismo entrenar militarmente a un grupo terrorista, que alojar a uno de sus integrantes por una noche⁶⁴⁰. Sin embargo, no puede diferenciarse la pena atendiendo a la gravedad de la conducta, pues el marco penal inicial para todos ellos es de 5 a 10 años de privación de libertad, lo que plantea problemas a la luz del principio de proporcionalidad de las penas⁶⁴¹.

Es más, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 136/1999, de 20 de julio (ponente Viver Pi-Sunyer)⁶⁴², consideró “constitucionalmente objetable” la ausencia de una cláusula en este precepto que permita imponer una pena inferior a la mínima establecida con carácter general atendiendo a la gravedad de la conducta. A su juicio, la falta de dicha previsión obliga a castigar con la misma pena conductas de cooperación cuyo contenido de injusto es muy diverso. Por esta razón, concedió el amparo a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, que habían sido condenados por el Tribunal Supremo como autores de un delito de colaboración con banda armada a 7 años de prisión. En este supuesto, la conducta típica consistió en remitir a los medios de comunicación cintas y vídeos de un mensaje de la organización terrorista ETA para que fueran emitidos en espacios electorales. Ahora bien, pese a que el Tribunal Constitucional no puso en duda la tipicidad de estos hechos, entendió que la pena aplicable suponía una vulneración del

la diferencia penológica entre ambas figuras sigue siendo mínima, por lo que algún autor todavía habla de factor criminógeno (véase CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 53 y 76 ss.).

⁶³⁹ *Infra* 3ª.II.

⁶⁴⁰ Así, GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 205; y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 908.

⁶⁴¹ En este sentido, véase MUNOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 908.

⁶⁴² Véanse los comentarios de FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, pp. 198 ss.; JIMÉNEZ VILLAREJO, “Dos breves apuntes acerca de la STC ‘caso mesa HB’”, pp. 3 ss.; y PERIS RIERA/CUESTA PASTOR, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999”, *passim*.

principio de proporcionalidad⁶⁴³, puesto que tal injusto no merecía, como mínimo, seis años de prisión⁶⁴⁴.

No obstante, hay que indicar que el legislador aún no ha puesto a disposición de los órganos judiciales “los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto” a cada forma de colaboración⁶⁴⁵. Ciertamente, el 25 de octubre de 1999, el Gobierno presentó un Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en materia de delitos de terrorismo, para adaptar el art. 576 CP a las exigencias derivadas de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso mencionado⁶⁴⁶. En consecuencia, se rebajaba el mínimo de las penas previstas en el citado precepto a tres años de prisión y nueve meses de multa “a fin de que los Tribunales pu[dier]an disponer de la suficiente flexibilidad para adecuar con justa proporción la sanción merecida a las circunstancias de mayor o menor gravedad concurrentes en cada caso concreto de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista”. Sin embargo, tal Proyecto caducó el 4 de febrero de 2000, sin que, a fecha de hoy, se haya producido dicha modificación.

c) Problemas de *bis in idem*

1º. La cláusula “*sin perjuicio*” del art. 575 CP

El art. 575 CP prevé la pena superior en grado a la establecida en los delitos contra el patrimonio cuando se cometan con la finalidad de

⁶⁴³ Sobre el principio de proporcionalidad en relación con este delito y en esta Sentencia, véase, más ampliamente, ÁLVAREZ GARCÍA, “Principio de proporcionalidad”.

⁶⁴⁴ Según el Tribunal Constitucional “el coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, el aplicador del derecho se sitúa ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables”.

⁶⁴⁵ LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 691.

⁶⁴⁶ BOCG, VI Legislatura, Congreso de los Diputados, serie A, nº 189-1, 29 de octubre de 1999: “La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, pronunciada en el recurso de amparo número 5.459/1997, obliga a revisar la configuración legal del delito de colaboración con banda armada, al objeto de ajustarla a la interpretación que el derecho constitucional a la legalidad penal, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, ha realizado el Alto Tribunal”.

entregarse lo obtenido a una banda armada, “*sin perjuicio*” de la que proceda imponer por el acto de colaboración que castiga el art. 576 CP⁶⁴⁷.

De este modo, la doctrina prácticamente unánime considera que dicha regla concursal atenta contra el principio *non bis in idem*⁶⁴⁸. Puesto que el art. 575 CP tipifica expresamente un acto de colaboración, la ley está castigando dos veces la ayuda prestada a la banda armada: al cometerse el delito contra el patrimonio y al entregarse lo obtenido.

2º. La agravación prevista en el art. 573 CP

Este precepto castiga con mayor pena el depósito de armas, municiones y explosivos, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, cuando estas conductas se realizan por quienes pertenecen o colaboran con banda armada terrorista⁶⁴⁹.

Ahora bien, cuando un mismo sujeto también ha sido castigado por otros delitos de terrorismo, la relación de los sujetos activos con dichos objetos

⁶⁴⁷ Art. 575 CP: “*Los que, con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas señalados anteriormente, o con el propósito de favorecer sus finalidades, atentaren contra el patrimonio, serán castigados con la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración*”.

⁶⁴⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1.387; EL MISMO, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 221; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 130; CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 771; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1.130; LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 691; LA MISMA, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. III; y PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.491. Solamente GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.615, considera que esta cláusula no atenta contra el principio *non bis in idem*. A su juicio, en el art. 575 CP “no se sanciona la colaboración efectiva, sino el atentado patrimonial con el fin de colaborar, lo que permite el concurso de delitos con el acto de colaboración que supone la entrega del dinero o bienes a la organización”.

⁶⁴⁹ Art. 573 CP: “El depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de seis a diez años cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en los artículos anteriores”.

ya se ha tenido en cuenta para configurar a la banda que integran (o con la que colaboran) como armada, y, así, castigar con mayor pena el resto de su actividad delictiva. Por tanto, agravar también la mera tenencia o el tráfico de tales materiales implica valorar nuevamente el mismo elemento y plantea problemas de *bis in idem*⁶⁵⁰.

En otras palabras, puesto que la tenencia y el depósito de armas, municiones y explosivos es el elemento que caracteriza a una banda como armada, rasgo esencial del fenómeno terrorista; y, dado que los delitos comunes se agravan precisamente por realizarse en el ámbito de una banda armada terrorista; en consecuencia, no puede agravarse también la pena por la mera posesión de tales utensilios cuando un mismo sujeto haya cometido otros delitos de terrorismo a parte de éste, pues tal dato ya ha sido tomado en cuenta para aumentar la pena de los delitos-fin y de los delitos-medio de la organización, así como de las figuras de pertenencia y colaboración.

d) Tipos diferentes que se tratan igual y tipos menos graves que se castigan más

Los delitos de terrorismo no agravan de modo genérico las modalidades delictivas comunes usualmente realizadas por este fenómeno. Por el contrario, los arts. 571 a 573 CP no siempre diferencian las penas según el delito cometido o la modalidad típica ejecutada, y casi nunca tienen en cuenta las atenuaciones y agravaciones previstas en los preceptos comunes⁶⁵¹.

Así, por ejemplo, causar la muerte de una persona en el ámbito del terrorismo se castiga con pena de prisión de 20 a 30 años, independientemente de si se trata de un homicidio o un asesinato (art. 572.1.1º CP)⁶⁵². En el mismo sentido, cualquier modalidad

⁶⁵⁰ Por la misma razón, tampoco puede aplicarse el art. 574 CP en relación con los delitos de tenencia ilícita de armas o municiones previstos en los arts. 563 y 564 CP (así, la SAN de 12 de diciembre de 2002, ponente Campos Martínez). Dichas conductas son las únicas relacionadas con la posesión de material armamentístico que no se enumeran en el art. 573 CP, por lo que su agravación como terrorista se produce a través de la cláusula de cierre del art. 574 CP.

⁶⁵¹ Sólo en los delitos de lesiones se distingue entre los arts. 149 y 150 CP (lesiones agravadas por el resultado) y el resto de modalidades (véase el art. 572.1.2º y 3º CP, respectivamente).

⁶⁵² Por este motivo, la solución para aumentar progresiva y equitativamente la pena por las muertes realizadas en el ámbito terrorista pasa por considerar que el art. 572.1.1º CP se construye sobre la base del homicidio común (art. 138 CP). De este modo, hay que

terrorista de tenencia, depósito o tráfico de armas, municiones o explosivos se sanciona con pena privativa de libertad de 6 a 10 años sin distinción (art. 573 CP)⁶⁵³. O, por último, todas las coacciones, amenazas y detenciones ilegales se recogen en el mismo apartado y tienen prevista la misma pena, la cual es de 10 a 15 años (art. 571.1.3º CP).

De este modo, las consecuencias de tal regulación son, principalmente, tres, las cuales plantean ciertas dudas desde la perspectiva del principio de proporcionalidad: en primer lugar, los delitos de terrorismo unifican la pena de conductas que, en el ámbito común, tienen un contenido de injusto diferente.

Por ejemplo, detener ilegalmente a un sujeto más de quince días o menos de tres días tiene consecuencias en la legislación ordinaria: la pena es de 5 a 8 años de prisión en el primer caso (art. 163.3 CP), mientras que en el segundo se reduce considerablemente (privación de libertad de 2 a 4 años según el art. 163.2 CP). Ahora bien, en el ámbito del terrorismo merece la misma pena encerrar a una persona dos días que cien: la detención ilegal terrorista siempre se castiga con prisión de 10 a 15 años (art. 572.1.3º CP)⁶⁵⁴.

En segundo lugar, se producen agravaciones muy significativas, puesto que es posible pasar de una pena de multa a penas privativas de libertad muy altas.

Éste es el caso, por ejemplo, de las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito (art. 171.1 CP)⁶⁵⁵ y del tipo básico de

aplicar las agravantes genéricas de alevosía (art. 22.1ª CP), precio, recompensa o promesa (art. 22.3ª CP) o ensañamiento (art. 22.5ª CP), sobre el marco penal de 20 a 30 años previsto para el homicidio terrorista (en este sentido, el voto particular del magistrado Gómez Bermúdez a la SAN de 30 de junio de 2000, ponente Díaz Delgado, establece que la alevosía debe aplicarse como agravante genérica sobre el homicidio terrorista del art. 572.1.1º CP, pues este tipo penal se construye sobre la base del homicidio común, no sobre el asesinato; solución que a CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 96, no le parece desafortunada).

⁶⁵³ SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 189, hace referencia a esta cuestión, pero sólo respecto al art. 573 CP.

⁶⁵⁴ Aunque, a juicio de CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, pp. 99-100, también en el ámbito del terrorismo es de aplicación la atenuante prevista en el art. 163.2 CP. Sin embargo, en mi opinión, puesto que ésta no se prevé en el art. 572 CP, tal interpretación vulneraría el principio de legalidad –pese a que se salvaran los principios de culpabilidad y proporcionalidad, como indica este autor–.

⁶⁵⁵ De nuevo, según CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 102, las únicas amenazas que castiga el art. 572.1.3º CP son las condicionales de mal constitutivo de delito, esto es, la modalidad más grave. No obstante, también aquí hay que indicar que

coacciones (art. 172.1 CP). Mientras que en el ámbito común dichas modalidades tienen prevista una pena de multa (como alternativa a la prisión), en el marco del terrorismo alcanzan la privación de libertad de 10 a 15 años.

Por último, las conductas comunes menos graves se agravan mucho más cuando tienen una dimensión terrorista que las modalidades más graves.

Por ejemplo, tanto el delito de homicidio del art. 138 CP, como el asesinato hiperagravado del art. 140 CP, tienen prevista la misma pena cuando se cometen con finalidad terrorista. Así, mientras el homicidio común dobla su marco penal inicial (de 10 a 15 años en el art. 138 CP se pasa a una pena de 20 a 30 años en el art. 572.1.1º), el asesinato en el que concurren dos o más circunstancias del art. 139 CP se incrementa sólo en 5 años en la parte superior del marco (la pena de 20 a 25 años también se convierte en una de 20 a 30). Del mismo modo, tanto el depósito de municiones (prisión de 2 a 4 años según el art. 566.1.2º CP), como el depósito de armas de guerra (privación de libertad de 5 a 10 años, art. 566 CP), se unifican en un único marco cuando la finalidad es terrorista: prisión de 6 a 10 años (art. 573 CP).

En definitiva, pues, puede afirmarse que no existe una calificación simétrica del contenido de injusto de los delitos comunes en el marco del terrorismo.

C) El principio de culpabilidad en su vertiente de responsabilidad por el hecho: el acto terrorista vs. el sujeto terrorista

Como es sabido, uno de los subprincipios que se derivan del más amplio principio de culpabilidad es el de la responsabilidad por el hecho, según el cual no pueden castigarse formas de ser, personalidades, sino sólo conductas⁶⁵⁶. Ahora bien, en materia de terrorismo este principio se flexibiliza en relación con el último rasgo distintivo de los delitos de terrorismo mencionado, esto es, la asimetría en la agravación de los tipos. Así, tal característica no sólo presenta dudas desde la óptica del principio

esta interpretación vulnera el tenor literal del precepto, que simplemente alude a delitos de amenazas, sin más concreción.

⁶⁵⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 132.

de proporcionalidad sino que también pone en entredicho el principio de responsabilidad por el hecho⁶⁵⁷.

En el ámbito del terrorismo, la forma de comisión de las conductas típicas⁶⁵⁸ y los resultados producidos carecen de importancia a la hora de diferenciar los distintos marcos penales: una coacción terrorista merece la misma pena que un homicidio común; provocar la ceguera se castiga igual que causar una deformación leve; es lo mismo tener un cóctel molotov que un depósito de armas de guerra⁶⁵⁹. De este modo, la ley no castiga tanto “el acto terrorista” (tipo de conducta) como al “terrorista” (tipo de autor), que se detecta por la concreta finalidad perseguida con la comisión de los delitos comunes consistente en subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, y respecto a quien se presume que en el futuro va a seguir siendo un terrorista. En consecuencia, pues, el principio de responsabilidad por el hecho cede ante un Derecho Penal de autor: no importa tanto aquello que se hace sino quien lo realiza, una fuente de peligro de futuros hechos delictivos.

5. Flexibilización de principios limitadores del *Ius puniendi* en la ejecución de las penas privativas de libertad

La LO 7/2003, de 30 de junio, también modificó el régimen de otorgamiento del tercer grado penitenciario y de la libertad condicional⁶⁶⁰,

⁶⁵⁷ De la misma opinión, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, pp. 99 y 103, considera que no distinguir entre los distintos tipos comunes en el ámbito del terrorismo vulnera los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de igualdad.

⁶⁵⁸ Aunque también hay quien opina que tal manera de proceder del legislador es legítima. En este sentido, MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, p. 201, considera que no tener en cuenta los elementos que configuran el delito de asesinato es insignificante a la vista de las conductas del terrorismo “puesto que su fin es ocasionar con su hacer esa reacción pública alternado la paz, lo cual se consigue independientemente de la calificación jurídica de la muerte y de las circunstancias que concurran en la forma de producir la misma”.

⁶⁵⁹ En este sentido, y en el ámbito del art. 573 CP, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 192, pone de relieve que “el legislador ha equiparado con demasiada ligereza toda una serie de conductas que en los correspondientes delitos comunes se encuentran penadas de modo diverso en atención al diferente desvalor que les corresponde”.

⁶⁶⁰ Regulado en el Código Penal y en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. De este modo, introduce excepciones que bien pueden denominarse Derecho Penitenciario del enemigo (esta expresión también es usada por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 878; asimismo, cfr. FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de

limitando el acceso a estos beneficios cuando tienen que otorgarse a sujetos condenados por delitos de terrorismo⁶⁶¹.

Esta reforma, muy criticada por la doctrina⁶⁶², plantea, en lo que ahora interesa, cuatro problemas básicos: en primer lugar, vincula la resocialización con actos de arrepentimiento moral, lo que no tiene cabida en un sistema democrático; en segundo lugar, la retribución es el fin predominante de la pena en los casos en que la suma aritmética de las condenas supera los 80 años; en tercer lugar, puede mantenerse a un delincuente terrorista durante 40 años en el segundo grado de tratamiento penitenciario, lo que plantea dudas desde la óptica del principio de humanidad de las penas; y, por último, en la regulación de la libertad condicional es posible cumplir dos veces parte de una misma condena en distinto grado.

organizaciones criminales”, pp. 299 ss.; y GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 11).

⁶⁶¹ O, cometidos en el seno de una organización criminal. Sin embargo, como indica RENART GARCÍA, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, p. 155, esta Ley “constituye un instrumento normativo cuyo espíritu y contenido tiene como eje fundamental el fenómeno terrorista”. De hecho, las primeras palabras pronunciadas por el entonces Ministro de Justicia, Sr. Michavila, en la Sesión Plenaria celebrada en el Congreso el 6 de marzo de 2003 fueron las siguientes: “Señorías, subo hoy a esta tribuna a presentar un proyecto de ley, pero junto con esta presentación quiero sobre todo confirmar una realidad. Hoy, con esta nueva iniciativa, la democracia española trabaja con firmeza y sin complejos cerrando cualquier espacio de impunidad a los terroristas” (véase el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria nº 232, 6 de marzo de 2003, p. 11.857). Por este motivo, FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”, p. 334, considera que “no hay razón para meter en el mismo saco a estas dos categorías de delincuentes en el intento de enmascarar que se crea una legislación especial para terroristas”. Un claro ejemplo de esta cuestión es puesto de relieve por JUANATEY DORADO, “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, p. 17, nota 28, cuando dice que en la redacción del nuevo art. 72.6 LOGP (abandono de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades como presupuestos del acceso al tercer grado) se está pensando exclusivamente en los delitos de terrorismo. Y, tiene toda la razón esta autora, pues aunque dicho precepto se refiere tanto a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales como a los delitos de terrorismo, las siguientes previsiones sólo pueden predicarse respecto de estos últimos: “*que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas*”, “*que hayan colaborado activamente con las autoridades (...) para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista (...) bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas*” (negrita añadida). También apunta esta cuestión QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho Penal*, p. 92.

⁶⁶² Véase LLOBET ANGLÍ, “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas”, pp. 2 ss., con ulteriores referencias.

Ciertamente, los delitos de terrorismo, como se ha indicado, son más graves. Por ello, tienen prevista mayor pena. Ahora bien, una vez determinado el monto total de una condena los requisitos para acceder a los distintos grados penitenciarios deberían ser los mismos. Así, por ejemplo, alguien condenado a 20 años podrá obtener antes la libertad condicional que quien ha sido castigado con 40 años. No obstante, los requisitos generales a aplicar sobre ese total deberían ser idénticos, sin distinguir “tipos genéricos de condenados”.

A) Sobre el principio de resocialización

A partir de los años ochenta del siglo pasado, después de dos décadas caracterizadas por un optimismo reformista y resocializador de base liberal, este ideario entró en una crisis⁶⁶³ que sigue perdurando en la actualidad⁶⁶⁴. Así, aunque la reinserción no es entendida ni como la principal, ni como la única finalidad de las penas privativas de libertad, el art. 25.2 CE establece que la ejecución de éstas debe orientarse hacia la reeducación y la resocialización. Por tanto, tales metas han de jugar algún papel en la ejecución de las penas de prisión. Sin embargo, el principio de resocialización se ha visto gravemente comprometido desde la reforma mencionada, principalmente, en los siguientes dos extremos.

En primer lugar, para que los sujetos condenados por un delito de terrorismo puedan ser clasificados en el tercer grado penitenciario o acceder a la libertad condicional, uno de los requisitos que tiene que concurrir es el abandono de los fines y los medios terroristas⁶⁶⁵.

⁶⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 28, texto y nota 61. Véase, también, GARLAND, *La cultura del control*, pp. 41-42.

⁶⁶⁴ Cfr. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 25; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 142 ss.; y SILVA SÁNCHEZ/FELIP SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, pp. 121 ss.

⁶⁶⁵ El art. 72.6 LOGP establece que: “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, **que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas**”. Por su parte, el art. 90.1.III CP, respecto a la libertad condicional, reza lo siguiente: “En el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado **muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista**”.

Ciertamente, puesto que sólo puede haber certeza de esa voluntad una vez que dicho sujeto está en libertad y no ha vuelto a delinquir, una declaración expresa renunciando a la violencia es una vía de acreditación idónea de tal extremo⁶⁶⁶. No obstante, junto a una manifestación de estas características la ley regula que tienen que concurrir otras dos conductas, las cuales plantean dudas de legitimidad: por un lado, una declaración de repudio de las actividades delictivas; y, por el otro, una petición de perdón a las víctimas⁶⁶⁷.

Ahora bien, como la doctrina indica, resocializar implica “que en un futuro un sujeto no vuelva a cometer delitos en la sociedad con independencia de que piense en su foro interno de una manera u otra”⁶⁶⁸, es decir, lo esencial no es rechazar la conducta anterior, sino comprometer la conducta futura. Por tanto, desde una perspectiva coherente con los fundamentos de un Estado democrático⁶⁶⁹, cuando el

⁶⁶⁶ Así, pues, sería acreditativa del abandono de la actividad delictiva la carta que seis dirigentes históricos de ETA enviaron a la cúpula de la organización en agosto de 2004, en la que pedían el abandono de las armas y apostaban por una “lucha institucional” (cfr. *La Vanguardia* de 2 y 3 de noviembre de 2004). Otros ejemplos pueden leerse en las siguientes noticias: “El condenado por terrorismo Jose Miguel Latasa Guetaria se dirigió a dos miembros de ETA, “a los que conminó a reflexionar y buscar una solución no armada al conflicto vasco” (*El Mundo* de 6 de junio de 2001); o “Txelis, responsable político de la organización terrorista hasta su detención en Bidart (Francia) el 29 de marzo de 1992, fue expulsado en septiembre del año pasado de la banda tras haber cuestionado la lucha armada, haber criticado la estrategia de la nueva dirección y haber pedido en reiteradas ocasiones desde enero de 1998 una tregua indefinida. El ex dirigente etarra criticó duramente también el asesinato del concejal del PP en el Ayuntamiento de Ermua (Vizcaya) Miguel Ángel Blanco” (*El País* de 17 de noviembre de 1999).

⁶⁶⁷ Tanto el art. 72.6 LOGP como el art. 90.1.III CP establecen que el abandono de los fines y los medios terroristas “podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito”. Así, como apunta FARALDO CABANA “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo”, p. 784, “se produce la vinculación de la progresión de grado a una opción político-ideológica”, pues hay que rechazar los fines terroristas (es decir, las metas políticas perseguidas en último término). Sin embargo, éstos “pueden ser perfectamente legítimos y defendibles en el marco de un Estado de derecho siempre que se utilicen para su consecución medios no violentos”. En el mismo sentido, LANDA GOROSTIZA, “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias”, p. 198; y DE LA MATA BARRANCO, “Las reformas penales de 2003”, pp. 23-24, quien, en este ámbito, hace referencia a un Derecho Penal de corte moralizante.

⁶⁶⁸ ACALE SÁNCHEZ, “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, p. 366, texto y nota 62, siguiendo a BARBERO SANTOS; y, en el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, “Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo”, p. 239, texto y nota 42, y pp. 246-247.

⁶⁶⁹ Como pone de relieve FERRACUTI, en DEL CAMPO (dir.), *Terrorismo Internacional*, p. 172, el aspecto que rechazamos del terrorismo es solamente el uso de la violencia, por lo que “en una democracia occidental, no son las ideas en sí (...), sino el hecho de que

integrante de un grupo terrorista “abandona la organización y, sobre todo, firma una declaración pública de renuncia a la violencia y asunción del compromiso de integración en la convivencia democrática y pacífica, la ‘resocialización’ puede considerarse conseguida”⁶⁷⁰.

En segundo lugar, en los casos de condenas limitadas por el principio de acumulación jurídica a 40 años, pero cuya suma aritmética sea superior a 80, no se puede disfrutar del tercer grado hasta los 32 años de cumplimiento ni acceder a la libertad condicional hasta los 35⁶⁷¹, pese a que exista pronóstico favorable de reinserción. En este supuesto, aunque concurren la petición de perdón a las víctimas y la declaración de arrepentimiento de los delitos pasados, la retribución es el único principio rector en el cumplimiento de la pena privativa de libertad, al menos hasta los 35 años de encarcelamiento. Por tanto, quien ha matado “por valor” de cientos o miles de años tiene que permanecer en la cárcel durante muchísimo tiempo⁶⁷², con independencia de su desvinculación efectiva con las actividades de la banda armada terrorista a la que se pertenecía o con la que se colaboraba.

alguien usa la violencia para imponerlas a los demás”, lo que debe censurarse. Por tanto, lo único relevante es “que el terrorista deje de usar el terror (...), renunciar a la violencia”. Por su parte, FERRAJOLI, “La legge sulla dissociazione”, p. 271, considera que exigir un diagnóstico sobre la conciencia de un penado, “contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos”.

⁶⁷⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, p. 598. Y, es que, lo contrario, como apunta PORTILLA CONTRERAS, *El País* de 31 de diciembre de 2002, esto es, condicionar los beneficios penitenciarios a actos de arrepentimiento moral, “se identifica más con procesos internos de expiación del pecado que con criterios objetivos de reintegración social”. Por esta razón, CUERDA-ARNAU, “El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades”, p. 148, considera, con razón, que en el espíritu de esta reforma “la reinserción social del terrorista debe interpretarse según el infausto modelo del Derecho penal de autor”. Por tanto, no comparto la postura de quienes opinan que la resocialización no es posible en relación con el terrorismo, puesto que sus autores actúan por convicción (así, MANZANARES SAMANIEGO, “El cumplimiento íntegro de las penas”, pp. 196 y 199; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 87).

⁶⁷¹ Cfr. el art. 78 CP.

⁶⁷² De modo muy gráfico, y con palabras menos amables, LANDROVE DÍAZ, “El Derecho penal de la seguridad”, aptdo. I, pone de relieve que “desde determinadas opciones políticas se ha propiciado la inteligencia de que (...) –algunos al menos– deben ‘pudrirse’ en la cárcel”.

B) Sobre el principio de humanidad

La mayoría de autores ha puesto de relieve que la posibilidad de cumplir 40 años de pena privativa de libertad en régimen de segundo grado atenta contra el principio de humanidad de las penas⁶⁷³ (art. 15 CE) y es una condena perpetua encubierta⁶⁷⁴. Ahora bien, como pone de relieve DÍEZ RIPOLLÉS⁶⁷⁵, dentro de la sociedad europea actual existen discrepancias significativas en cuanto a su contenido, tanto respecto a la naturaleza de la pena como a su forma de ejecución. Así, aunque se trata de un principio ético reconocido, está pendiente de una delimitación consistente.

En este sentido, la doctrina constitucional sobre el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes en el ámbito penitenciario es ambigua. Según la STC 196/2006, de 3 de julio (ponente Rodríguez-Zapata Pérez) para apreciar su existencia es necesario que las penas “acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena”. Así, con base en esta jurisprudencia, bien puede argumentarse que las consecuencias degradantes del aumento del monto de la pena de 30 a 40 años están aparejadas a su cumplimiento, pero que no tienen naturaleza autónoma⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, “Previsiones sancionadoras en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002”, pp. 247-248; FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”, pp. 318-319; JUANATEY DORADO, “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, p. 19; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “¿Qué les corten la cabeza?”, p. 38; DE LA MATA BARRANCO, “Las reformas penales de 2003”, pp. 28-29; NIETO GARCÍA, “Aspectos jurídicos y criminológicos de la reacción de la sociedad”, p. 4; y SANZ MORÁN, “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, pp. 15-16.

⁶⁷⁴ FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”, p. 318; GARCÍA DEL BLANCO, “Delitos de terrorismo, cumplimiento de pena y separación de poderes”, aptdo. II.2; LA MISMA, “Aproximación a la determinación de la pena en los delitos de terrorismo”, p. 935; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “¿Qué les corten la cabeza?”, pp. 36-37; y TÉLLEZ AGUILERA, “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, aptdo. II.

⁶⁷⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 159.

⁶⁷⁶ En tal sentido, GONZÁLEZ PASTOR, “Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio”, p. 1.020, considera que tal elevación de las penas no conlleva que puedan calificarse como inhumanas y degradantes. Ésta es también la postura del Consejo General del Poder Judicial en los *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, pp. 23-29. Por el contrario, critica dicha opinión FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”, p. 319.

En otras palabras, parece que el Tribunal Constitucional diferencia entre la calidad y la cantidad de las penas a la hora de valorar su humanidad, siendo el primer aspecto el que debe valorarse dentro del art. 15 CE⁶⁷⁷. Por tanto, castigar con una pena privativa de libertad de 40 años no supone un trato inhumano o degradante *per se*, sino que el sufrimiento que acarrea su cumplimiento es la consecuencia ineludible de pasar todo ese tiempo en prisión (al ser más grave el hecho cometido).

C) *Sobre los principio de cosa juzgada y non bis in idem*

Según el art. 93.3 CP, en el momento en que desaparezcan las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional, los condenados por delitos de terrorismo⁶⁷⁸ deberán reingresar en prisión y cumplirán la parte de la condena que reste con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional⁶⁷⁹.

De este modo, como establece GIMBERNAT ORDEIG⁶⁸⁰, “si con una condena de treinta años, por ejemplo, se obtiene la libertad condicional después de veintisiete años, y a los dos años de estar en esa situación al penado se le revoca ese beneficio, la pena que finalmente tendrá que cumplir será de treinta y dos años, ya que la libertad condicional no es más que una modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad (art. 72.1 LOGP)”⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ En este sentido, GARCÍA DEL BLANCO, “Aproximación a la determinación de la pena en los delitos de terrorismo”, p. 936, pone de relieve que el Tribunal Constitucional hace depender la calificación de inhumana o degradante de una pena, no tanto de la duración sino de su contenido. Y, añade que ésta es también la solución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su reciente Sentencia del “Caso Léger”. Según esta resolución (STEDH de 11 de abril de 2006), mantener en prisión a una persona, aunque sea durante más de 40 años, no constituye en sí un trato inhumano o degradante en el sentido del art. 3 CEDH.

⁶⁷⁸ Es curioso que este artículo se refiera únicamente a los supuestos de delitos de terrorismo y no, en palabras de TÉLLEZ AGUILERA, “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, aptdo. IV, “a sus compañeros de viaje durante toda la reforma: los miembros de organizaciones delictivas”. También ponen de relieve este olvido FARALDO CABANA, “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo”, pp. 790-791; y SALAS DARROCHA, “Notas básicas de la L.O. 7/03”, p. 8.

⁶⁷⁹ Art. 93.2.II CP: “*Si en [el] período de libertad condicional el condenado [por delitos de terrorismo] delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda*”.

⁶⁸⁰ GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo a la novena edición”, p. 19.

⁶⁸¹ En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, p. 377; LA MISMA, “Previsiones sancionadoras en la Decisión Marco

Por tanto, “como la pena de treinta años que realmente se le ha impuesto ha sido decretada por una sentencia firme, es simplemente un atentado contra el principio de ‘cosa juzgada’ que un juez de vigilancia pueda elevar en dos años, sin que se haya celebrado un nuevo juicio, la extensión de la pena privativa de libertad con la que le sancionó el único órgano judicial que tenía competencia para hacerlo: el tribunal sentenciador”⁶⁸². Además, con esta normativa se pueden imponer dos penas a un sujeto por el mismo delito, lo que también vulnera el principio *non bis in idem*⁶⁸³.

6. La legislación penal de menores: el abandono de la idea educativa y resocializadora y del principio de proporcionalidad

Como es sabido, la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORRPM)⁶⁸⁴ se reformó antes de su entrada en vigor por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo⁶⁸⁵. En palabras de la propia exposición de motivos, tal modificación se basó en “la creciente participación de menores, no sólo

del Consejo, de 13 de junio de 2002”, p. 252, considera que semejante disposición supone un desconocimiento absoluto de la libertad condicional, pues ésta no es más que la última fase del cumplimiento de la pena privativa de libertad; y JUANATEY DORADO, “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, pp. 25-26, opina que esta previsión es del todo rechazable, porque “el tiempo cumplido en libertad condicional es tiempo de condena ya cumplido”.

⁶⁸² En el mismo sentido, DE LA MATA BARRANCO, “Las reformas penales de 2003”, p. 29.

⁶⁸³ También ACALE SÁNCHEZ, “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, p. 377; LA MISMA, “Previsiones sancionadoras en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002”, p. 252, considera que “ignorar el tiempo pasado en dicho estado, supone violación del principio *non bis in idem*” al imponerse dos penas por el mismo delito. En igual sentido, RENART GARCÍA, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, p. 193. En cambio, ESPINA RAMOS, “La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, pp. 33-34, opina que la pérdida de tiempo pasado en libertad condicional “puede reputarse más o menos acertado o conforme con los principios constitucionales, pero lo que no se sostiene es que sólo despliegue sus efectos respecto de determinados internos en función del delito por el que fueron condenados”. Así, este autor alude al principio de igualdad en la aplicación de las leyes. Y, es que, ciertamente, el art. 93.1 CP establece que fuera de los supuestos de terrorismo, la revocación de la libertad condicional y el reingreso en prisión será “*sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional*”.

⁶⁸⁴ LO 5/2000, de 12 de enero.

⁶⁸⁵ Véase CRUZ BLANCA, “La Ley de Responsabilidad Penal de los menores tras la reforma”, pp. 481 ss.

en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de las actividades terroristas”. La finalidad de la reforma fue, pues, la de conciliar los principios que inspiran la legislación penal de menores con otros bienes constitucionalmente protegidos⁶⁸⁶.

Sin embargo, la idea educativa y resocializadora de esta Ley se debilita, especialmente⁶⁸⁷, en materia antiterrorista⁶⁸⁸: por un lado, el establecimiento de tal régimen específico en el ámbito del terrorismo se produjo, ante todo, como reacción frente a los violentos disturbios de *kale borroka*⁶⁸⁹, subsumibles en el art. 577 CP⁶⁹⁰; por el otro, la medida de

⁶⁸⁶ Cfr. la exposición de motivos de la LO 7/2000, aptdo. V. Además, téngase en cuenta que, recientemente, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, ha llevado a cabo una amplia modificación que ha afectado a casi la mitad de los preceptos de la LORRPM (sobre esta cuestión, véase AAVV, *Nuevo Derecho penal juvenil*, especialmente, pp. 23 ss., 57 ss. y 67 ss., y, en concreto, p. 25).

⁶⁸⁷ Pero también en relación con los delitos comunes muy graves. Como pone de relieve GARCÍA PÉREZ, “La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores”, p. 39, en la LO 7/2000 “se abandonó el modelo originario de la LORRPM basado esencialmente en la prevención especial y se optó por uno mixto, donde se distinguen dos supuestos. En relación con la delincuencia de pequeña y mediana gravedad es el fin de la prevención especial el que orienta la interpretación de los presupuestos, así como los criterios de elección de la medida y su magnitud. En cambio, en lo referente al denominado núcleo duro de la delincuencia de menores (reincidentes y responsables de delitos muy graves) ya no se puede sostener que son las consideraciones de prevención especial las que ocupan un primer plano en la Ley, sino las de prevención general”. No obstante, a juicio de FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre el contenido y evolución del derecho penal español tras la LO 5/2000 y 7/2000”, p. 26, no se pueden imponer medidas de seguridad “con fines de prevención general o con carácter represivo. Las medidas de seguridad son instrumentos para prevenir futuros peligros para bienes jurídicos de terceras personas con base en la idea de peligrosidad criminal. Otra cosa es un fraude de etiquetas”.

⁶⁸⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Apología del terrorismo”, p. 559. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 246, hace mención a que se abandona toda referencia preventivo-especial. Sin embargo, hay que poner de relieve que, como indica GARCÍA PÉREZ, “La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores”, pp. 38 ss., la LO 8/2006 ha supuesto “un cambio de orientación en el sistema de justicia de menores, dando entrada para buena parte de la delincuencia cometida por éstos a consideración de prevención general en sintonía con el modelo de seguridad ciudadana que está dominando el sistema de justicia penal de adultos”.

⁶⁸⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 245.

⁶⁹⁰ La exposición de motivos de la LO 7/2000 también alude a la participación de menores en otros actos de terrorismo, al margen de la violencia callejera, para justificar la reforma. Ahora bien, tal actividad puede estar relacionada, como mucho, con actos de colaboración, material o anímica, con las citadas bandas, pero no con la ejecución de delitos graves. Del estudio realizado no se ha encontrado ninguna sentencia en el ámbito del terrorismo que condene a un menor por asesinato, estragos o secuestro. Es decir, los menores de edad no realizan los delitos-fin de ETA. En este sentido, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, “Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000”, p.

internamiento en régimen cerrado por la comisión de cualquier delito de terrorismo (arts. 571 a 579 CP) puede alcanzar una duración máxima de **10 años** para los mayores de dieciséis años y de **6 años** para los menores de esa edad (art. 11.2 LORRPM)⁶⁹¹. En consecuencia, el tratamiento punitivo del menor se iguala, en la práctica, al del mayor, e, incluso, lo supera, sobre todo en la franja situada entre los dieciséis y los dieciocho años⁶⁹².

Como se ha indicado⁶⁹³, los supuestos de incendios (art. 351 CP), daños (arts. 263 ss. CP) y tenencia de sustancias incendiarias (art. 568 CP) son los delitos que suelen apreciarse en relación con el art. 577 CP. Así, pues, la pena que tiene que imponerse a un mayor de edad por un incendio de tales características oscila entre los 15 y los 20 años⁶⁹⁴, por lo que la consecuencia penológica para el mayor de dieciocho años es superior a la prevista para el menor. Sin embargo, en no pocas ocasiones⁶⁹⁵, atendiendo a la poca entidad del peligro causado, la pena se sitúa entre los 7 años y medio y los 10 años⁶⁹⁶. Por tanto, se iguala el tratamiento de todas las personas cuya edad es superior a dieciséis años. Ahora bien, respecto a los delitos de daños y de tenencia de aparatos incendiarios, las consecuencias para los menores que tengan dieciséis o diecisiete años pueden ser más gravosas que para los mayores de dieciocho, y de la misma intensidad que para los menores de dieciséis. La pena por un delito

106, pone de relieve que el dato según el cual tal reforma era necesaria debido a la “creciente participación de menores, no sólo en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de actividades terroristas”, ni se facilita ni aparece corroborado por las estadísticas policiales y judiciales (que el mismo autor aporta en el anexo de las pp. 115 ss.). Así, afirma que “teniendo en cuenta que la percepción de la gravedad de la delincuencia terrorista de menores de 18 años no parece responder a la realidad y que las medidas previstas difícilmente van a mejorar la aplicación rehabilitadora de la LORRPM, la verdadera motivación parece descansar en la respuesta a la inquietud e indignación de la sociedad respecto del lacerante fenómeno terrorista”.

⁶⁹¹ Pese a que existen otras excepciones (cfr. CRUZ BLANCA, “La Ley de Responsabilidad Penal de los menores tras la reforma”, pp. 481 ss.; y CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 243 ss.), a efectos de esta investigación baste la mención de dicha especificidad.

⁶⁹² A favor de esta consecuencia se sitúa MANZANARES SAMANIEGO, “Reformas penales en materia de terrorismo”, p. 1.016, para quien “el terrorista de diecisiete años sigue siendo, y lo es ante todo, un terrorista”.

⁶⁹³ Véase *supra* 1^a.VII.2.A.

⁶⁹⁴ Ésta es la pena superior en grado (art. 577 CP) del marco penal de 10 a 20 años previsto en el art. 351 CP.

⁶⁹⁵ Así, por ejemplo, las SSAN de 13 de marzo de 2007 (ponente Fernández Prado); de 7 de marzo de 2002 (ponente Martínez de Salinas Alonso); y de 10 de julio de 2000 (ponente Fernández Prado).

⁶⁹⁶ El art. 351 CP prevé la pena inferior en grado del marco situado entre los 20 y los 30 años “*atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho*”.

de daños, aunque ponga en peligro la vida de las personas, pese a que en su ejecución se utilicen materiales incendiarios y todo y realizarse en el ámbito del terrorismo, es muy baja, a saber, como máximo de 5 años de prisión⁶⁹⁷. Del mismo modo, la tenencia (terrorista) de artefactos incendiarios tiene prevista una pena de 4 a 5 años⁶⁹⁸. Sin embargo, el menor de edad puede llegar a estar 10 años en un centro de internamiento cerrado (cuando tenga dieciséis o diecisiete años) o 6 años (cuando tenga catorce o quince años), por estos hechos.

Así, además, en los casos en los que la medida de seguridad impuesta al menor pueda ser más grave que la pena que se le hubiese impuesto en caso de haber sido mayor de edad, se vulnera lo establecido en los arts. 101 a 103 CP. En virtud de este precepto, la medida de seguridad que consista en un internamiento “*no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto*”⁶⁹⁹.

Por último, cabe también indicar los problemas de esta regulación relacionados con el principio de proporcionalidad. Como indica DÍEZ RIPOLLÉS⁷⁰⁰, “para los menores que cometan cualquier delito terrorista, incluidos los menos graves, como los daños materiales en el marco de la violencia callejera o la apología del terrorismo, se prevén reacciones que tienen una entidad en todo momento superior a las previstas para cualesquiera otros delitos cometidos por menores, aun los más graves, como asesinatos, violaciones”. Así, en clara vulneración del principio de proporcionalidad de las reacciones penales, a “un menor que asesine a un compañero de escuela se le pued[e] imponer una medida de internamiento de hasta cinco años más otro periodo de libertad vigilada de cinco más, mientras que a quien quemase un contenedor en una noche de *kale borroka* se le pueda imponer un internamiento de hasta 10 años, más otros cinco de libertad vigilada”⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Cfr. los arts. 266.2 y 4 y 577 CP.

⁶⁹⁸ Cfr. los arts. 568 y 577 CP.

⁶⁹⁹ Además, como indica GARCÍA PÉREZ, “La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores”, pp. 40-41, “en el ámbito de los menores se puede acordar el internamiento con mayor facilidad, puesto que no se exige en estos supuestos el pronóstico de peligrosidad, lo que, en definitiva, supone tratar con más rigor a los menores que otros sujetos con problemas de imputabilidad”.

⁷⁰⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal ante el terror”.

⁷⁰¹ En el mismo sentido, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, “Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000”, p. 108, considera que “desde el principio constitucional de proporcionalidad parece insostenible que se puedan sancionar conductas contra la propiedad con la misma pena que el homicidio”.

III. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO VS. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Hasta aquí, pues, se han enumerado aquellas excepciones que caracterizan la legislación en materia antiterrorista, que o bien se han configurado en este trabajo *ex novo*, o bien ya habían sido puestas de relieve por la doctrina. Además, también se ha justificado por qué algunos de sus rasgos, que tradicionalmente habían sido criticados, a mi juicio no constituyen verdaderas excepciones, por lo que no vulneran principios o garantías constitucionales.

De este modo, el presente apartado se centra en analizar si determinadas notas excepcionales de las enunciadas, que, en términos generales, se ha dicho que caracterizan la normativa antiterrorista como Derecho Penal del enemigo, pertenecen, en realidad, al Derecho Penal del ciudadano por ostentar su excepcionalidad un fundamento legítimo. Por tanto, hay que diferenciar entre las medidas que se basan en el hecho cometido y las que parten del pronóstico de peligrosidad del sujeto que delinque⁷⁰². En mi opinión, se ha convertido en recurrente la afirmación de que toda medida en el ámbito del terrorismo pertenece al Derecho Penal del enemigo sin más.

Así, con carácter general, el aumento de las penas y el adelantamiento de las barreras de punición en la legislación antiterrorista son medidas que pertenecen al Derecho Penal del ciudadano. Por un lado, el mayor rigor punitivo de los delitos de terrorismo es una previsión respetuosa con el Derecho Penal del hecho, pues se basa en el contenido de injusto de la conducta delictiva cometida. Por el otro, el adelantamiento de las barreras de punición es una característica predicable de figuras que, de entrada, se considera que pertenecen al Derecho Penal del ciudadano tales como los actos preparatorios punibles, siempre que su previsión se vea acompañada de una rebaja proporcional de la pena respecto al delito consumado⁷⁰³. De hecho, como indica CANCIO MELIÁ⁷⁰⁴, “las

⁷⁰² En este sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 118, afirma que “no hay razones para pensar que cualquier tratamiento específico del terrorismo sea ilegítimo. Si la regulación define adecuadamente lo específico del terrorismo, la especial gravedad que estas infracciones tienen, podrá discutirse (...) hasta qué punto la configuración de los distintos tipos se corresponde con esa especificidad y en qué punto se empieza a entrar en el ámbito de una regulación incoherente”. También en su trabajo “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, pp. 1.881-1.882.

⁷⁰³ Como indica GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 21, “aunque en virtud del principio de

infracciones asociativas *no* son un fenómeno nuevo para el ordenamiento penal. Por el contrario, estaban presentes desde el principio, es decir, también en el ‘bueno y viejo’ Derecho penal liberal del siglo XIX”.

1. La agravación de la pena en los delitos de terrorismo

A) Derecho Penal del ciudadano

a) La agravación de los delitos-fin y de los delitos-medio

Como se ha indicado en el capítulo anterior, el terrorismo se caracteriza por la instrumentalización a la que las concretas víctimas se ven sometidas. Éstas no sólo se ven privadas de sus bienes personales más preciados, sino que son utilizadas como medio de propaganda y coacción. Precisamente, éste es el rasgo que distingue a los delitos de terrorismo de la delincuencia común y de otras tipologías de criminalidad organizada.

De este modo, las conductas delictivas que, además de producir un daño concreto, tienen la virtualidad de atemorizar a la población con la finalidad última de coaccionar al Gobierno poseen mayor contenido de injusto⁷⁰⁵. Así, la pena ha de ser superior a la prevista para los delitos comunes a fin de abarcarlo de manera completa. Los homicidios, asesinatos, lesiones graves, secuestros y estragos cometidos en el ámbito del terrorismo merecen castigarse con mayor pena. Por tanto, cuando se afirma que la severidad de las penas es un rasgo distintivo del Derecho Penal del enemigo hay que matizar en qué sentido lo es. La mera agravación de los delitos-fin ejecutados por la actividad terrorista pertenece al Derecho Penal del ciudadano⁷⁰⁶.

subsidiariedad y de *ultima ratio* haya que partir de la impunidad general de los actos preparatorios, esto no supone que el Derecho Penal no pueda penar excepcionalmente algunos actos preparatorios diferenciados por su especial peligrosidad, como es el caso por ejemplo de la conspiración, de la proposición y de la provocación para delinquir en relación con ciertos delitos graves; en la medida en que los actos preparatorios punibles tengan señalada una pena inferior a la de la tentativa del delito correspondiente y, por supuesto, a la de la consumación”.

⁷⁰⁴ CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, p. 1.884.

⁷⁰⁵ Como establece SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 864, el “mayor contenido de injusto justifica, conforme al principio de proporcionalidad, una intervención penal agravada”.

⁷⁰⁶ Ya en este sentido, CANCIO MELIÁ, “Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo”, p. 24, considera que determinadas agravaciones en el ámbito de la delincuencia organizada no tienen que ser interpretadas como características del Derecho Penal del enemigo, sino que pueden fundamentarse mediante los criterios del Derecho

Es más, en mi opinión, también los delitos-medio que una banda armada terrorista lleva a cabo tienen mayor contenido de injusto que los delitos comunes. Por ejemplo, la falsificación de un DNI para encubrir la identidad de un terrorista es más grave que la misma conducta realizada por quien tiene la intención de engañar sobre su edad y entrar en una discoteca. En el ámbito del terrorismo, dicho comportamiento no sólo vulnera el bien jurídico protegido por los delitos de falsedades, sino que también favorece la actividad criminal de una organización terrorista. Del mismo modo, sustraer un coche para usarlo como explosivo es más grave que robarlo para otros menesteres.

En este sentido, pues, la agravación prevista en el art. 574 CP tiene un fundamento legítimo respecto a cualquier hecho que sea una aportación a la actividad delictiva de la organización⁷⁰⁷: así, especialmente, en relación con los delitos de robo, daños, extorsión, falsedades, amenazas y atentados.

En realidad, éste es el campo de aplicación esencial de dicho precepto. Los tribunales suelen apreciar esta figura respecto a los siguientes delitos: falsificación de documento⁷⁰⁸; atentados contra agentes de la autoridad⁷⁰⁹; daños⁷¹⁰; y las distintas modalidades de robo (robo con fuerza en las cosas⁷¹¹; robo con violencia e intimidación⁷¹²; y robo de uso de vehículo⁷¹³).

Penal del ciudadano; y GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 21. Respecto al terrorismo, RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 82, afirma que “lo que determina la imposición de una mayor pena es precisamente esa finalidad de coacción y amenaza para alcanzar su fin: alterar la paz social y subvertir el orden constitucional”. Por el contrario, SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, *Emergencia y crisis del Estado social*, p. 203, opina que el endurecimiento de la respuesta punitiva de la legislación antiterrorista sólo encuentra su razón de ser en el cumplimiento de una función simbólica. A su juicio, existe un abuso propagandístico de la norma penal.

⁷⁰⁷ Ya en este sentido, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.613. Sin embargo, sería aconsejable que el legislador matizara este requisito.

⁷⁰⁸ Normalmente en documento oficial (DNIs y placas de matrícula): SSAN de 22 de junio de 2000 (ponente García Pérez); de 13 de junio de 2003 (ponente Guevara Marcos); de 28 de julio de 2003 (ponente Bermúdez de la Fuente); de 27 de febrero de 2008 (ponente Guevara Marcos); y STS de 19 de mayo de 2003 (ponente Saavedra Ruiz). De las resoluciones analizadas, sólo en una ocasión no se ha apreciado la agravante de terrorismo respecto a este delito (SAN de 25 de enero de 2000, ponente Castro Meije).

⁷⁰⁹ SAN de 18 de julio de 2000 (ponente Díaz Delgado).

⁷¹⁰ SSAN de 18 de julio de 2000; y de 20 de junio de 2001 (ponente Arteaga Cerrada).

⁷¹¹ STS de 19 de mayo de 2003 (ponente Saavedra Ruiz).

⁷¹² STS de 18 de septiembre de 2003 (ponente Soriano Soriano).

Siguiendo la misma línea de interpretación, el incremento de pena previsto en el art. 577 CP tampoco pertenece al arsenal punitivo del Derecho Penal del enemigo, puesto que tales conductas delictivas contribuyen a la creación de un estado de miedo colectivo. Los actos de violencia callejera y las amenazas realizadas por personas próximas al entorno de ETA no sólo atacan los bienes jurídicos individuales, tales como la seguridad individual o el patrimonio, sino que también contribuyen a sembrar el clima de miedo perseguido por dicha banda armada⁷¹⁴. Por tanto, desde esta perspectiva, puesto que esta figura es una clase de colaboración con banda armada⁷¹⁵, el concreto delito cometido tiene mayor contenido de injusto⁷¹⁶.

Igualmente, la pena prevista para la conducta consistente en ocultar a personas relacionadas con el terrorismo, más grave que la prevista para la

⁷¹³ Por ejemplo, la SAN de 14 de diciembre de 2002 (ponente Campos Martínez) castiga por un delito de robo de uso con intimidación del art. 574 en relación con el art. 244.4 CP a un sujeto, miembro de ETA, que amenazando con una ametralladora a una mujer la compelió a salir de su coche para usarlo como medio de huida (en el mismo sentido, la SAN de 6 de noviembre de 2003, ponente Bermúdez de la Fuente). En cambio, la SAN de 26 de marzo de 2003 (ponente de Salinas Alonso), en un caso idéntico, no agrava la pena en virtud del art. 574 CP.

⁷¹⁴ Sin embargo, según LAMARCA PÉREZ, “Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo”, p. 103; LA MISMA, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. III, no hay “ningún dato que nos permita distinguir este tipo de acciones de los correspondientes delitos comunes”.

⁷¹⁵ De otra opinión, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 229, quien considera que este precepto, especialmente a partir de la inclusión de la tercera finalidad descrita, castiga “una mera actitud subjetiva” o evita problemas de prueba (ya antes en “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo”, p. 26). De la misma opinión, LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, apartado III. Sin embargo, en mi opinión, es precisamente esta finalidad la que configura el art. 577 CP como forma de colaboración con una organización terrorista. Desde esta perspectiva, pues, dicho delito no castiga la ideología o la finalidad (véase *infra* 3ª.III).

⁷¹⁶ En este sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 231, considera que estas conductas pueden tener un específico desvalor “que no se aprehende mediante los tipos normales”. Sin embargo, a su juicio no es necesario denominarlas terroristas, sino que sería suficiente agravar determinados tipos comunes (daños, básicamente) en el correspondiente título. De modo similar, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 262, considera que las objeciones al art. 577 CP no residen tanto en el incremento punitivo sino en “el conjunto de medidas especiales de carácter procesal y penitenciario anudadas a la calificación de ‘terrorismo’”. En cambio, a juicio de CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 242, la justificación para castigar las acciones de terrorismo individual “por un tipo específico agravado no es de suficiente entidad como para crear un tipo autónomo”.

modalidad de encubrimiento común, se fundamenta en el mayor contenido de injusto que representa el acto de colaboración con banda armada. En este caso, el encubridor, aparte de no colaborar con la Administración de Justicia, permite que ese sujeto siga interactuando con la organización terrorista.

b) La reincidencia internacional

Desde siempre el fundamento de la agravante de la reincidencia ha sido cuestión debatida⁷¹⁷, puesto que se discute si la previsión de esta figura es acorde con los principios de culpabilidad, al basarse en la personalidad del reo y no en la comisión del hecho⁷¹⁸, y *non bis in idem*, al valorar dos veces la comisión del mismo acto delictivo⁷¹⁹. Sin embargo, sea como fuere, está prevista en nuestro ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional ha declarado, expresamente, su constitucionalidad⁷²⁰.

⁷¹⁷ Sobre esta materia y el estado de la cuestión doctrinal en España, véase MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, pp. 427 ss., y, más recientemente, BELESTÁ SEGURA, “La reincidencia en la doctrina española actual”, pp. 586 ss., con ulteriores referencias. También analiza muy ampliamente el fundamento de esta figura MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia, passim*, pp. 171 ss., así como la reincidencia en otras legislaciones penales (pp. 35 ss.).

⁷¹⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ/FELIP SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, p. 118. Véase, también, el trabajo de HAFFKE, “Reincidencia y medición de la pena”, pp. 182 ss., sobre el principio de culpabilidad por el hecho en relación con la figura de la reincidencia.

⁷¹⁹ Situación que ha empeorado desde la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la cual ha introducido la agravante de reincidencia cualificada en el art. 66.1.5ª CP (cfr. ARIAS EIBE, “Las reglas de determinación de la pena”, aptdo. III).

⁷²⁰ Cfr. la STC 150/1991, de 4 de julio (ponente López Guerra). Por un lado, esta resolución concluye que la agravante de reincidencia “queda fuera del círculo propio del principio *non bis in idem*”, con los siguientes argumentos: “es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer”. Por el otro lado, respecto al principio de culpabilidad establece lo siguiente: “la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos - SSTC 65/1986, 14/1988 y otras-. Pero la consagración constitucional de este principio

Del mismo modo, en la agravante de reincidencia internacional también puede concurrir un fundamento igual de legítimo (o de ilegítimo). En primer lugar, el terrorismo de consecuencias más dañinas se produce, en la actualidad, a escala planetaria. En el fenómeno del terrorismo global las víctimas son instrumentalizadas a nivel mundial, puesto que su actividad delictiva no conoce fronteras⁷²¹ y la producción de un atentado ejecutado en una punta del mundo afecta al otro extremo⁷²². Por tanto, no es sólo que los países tengan que colaborar entre sí⁷²³, sino que la reincidencia también puede ir más allá de los confines de un Estado⁷²⁴.

En segundo lugar, los delitos de terrorismo se consideran crímenes internacionales⁷²⁵, es decir, que afectan a toda la humanidad⁷²⁶, aunque

no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la ‘normalidad de la motivación’. De otra parte, tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener, como afirma el Juez proponente, que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos”.

⁷²¹ BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, p. 29.

⁷²² Por ejemplo, el Estudio “Atentado terrorista en los Estados Unidos de América”, nº 2.436 (disponible en el siguiente enlace: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2420_2439/Es2436mar.pdf; última fecha de visita el 13 de octubre de 2008), realizado en septiembre de 2001 por el Centro de Investigaciones Sociológicas pone de relieve que el 30.9 % de la población española se sintió muy cercana a los atentados del 11-S en los EEUU y el 49.9 % bastante cercana, mientras que sólo el 12.4 % y el 3.3 % se sintieron poco o nada cercanos, respectivamente. De hecho, el 55.7 % de los encuestados consideraba que podían producirse acciones de terroristas de esa importancia en las semanas o meses siguientes en cualquier país desarrollado.

⁷²³ Como apunta BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, p. 121, la seguridad interior de un Estado “no puede garantizarse siguiendo un camino nacional en solitario sino únicamente en el marco de una alianza global”.

⁷²⁴ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 67, considera que su fundamento se encuentra en el “deseo de reforzar los principios de protección o de justicia universal frente a una forma de delincuencia que, cada vez más, adquiere dimensión internacional”.

⁷²⁵ De aquí que los órganos judiciales españoles tengan jurisdicción universal respecto a los delitos de terrorismo (art. 23.4 b) LOPJ). En sentido similar, GARCÍA ARÁN, “El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial español”, pp. 67-68, relaciona el carácter de crimen contra la humanidad del terrorismo con su inclusión en la lista de delitos de tal precepto. Como es sabido, el fundamento del principio de justicia universal es la afectación de intereses que nos concierne “a todos” (cfr. LLOBET ANGLÍ, “El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional”, p. 3; SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal*, p. 54; y TORRES GARCÍA, “Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, p. 182).

⁷²⁶ En el mismo sentido, BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, p. 35; GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, pp. 60-61; GÓMEZ BENÍTEZ, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad”, pp. 1.121 ss.; LANDA GOROSTIZA “El Nuevo Crimen de

sólo se lleven a cabo en un Estado concreto⁷²⁷. De este modo, en el ámbito del terrorismo nacional o local, agravar la pena con base en un atentado acontecido en otro país permite abarcar el contenido de injusto del daño realizado a toda la especie humana, más allá de la lesión causada a la sociedad en la que se produce el nuevo hecho.

B) Derecho Penal del enemigo

Dicho todo lo anterior, la agravación en sí de los delitos de terrorismo no pertenece al arsenal punitivo del Derecho Penal del enemigo. Ahora bien, cuestión distinta es cuánto más hay que castigar y cómo debe hacerse. Efectivamente, se vulneran los principios de proporcionalidad⁷²⁸ y culpabilidad en el “cuánto más” y en el “como” castigarlos, puesto que, en ocasiones, no se toma en cuenta la gravedad del hecho y se antepone el tipo de autores a la clase de actos concretos cometidos.

Así, por un lado, existen problemas de “proporcionalidad externa” al comparar las penas previstas para las mismas conductas en los delitos comunes con aquéllas establecidas en el marco del terrorismo. En consecuencia, algunos tipos –especialmente poco importantes si se atiende al catálogo de penas del Código Penal- se agravan tanto en el ámbito del terrorismo que incluso llegan a alcanzar la pena de los delitos comunes más graves (por ejemplo, del homicidio). Por el otro lado, también se presentan dudas de “proporcionalidad interna” dentro de las propias infracciones terroristas, puesto que se equiparan penológicamente hechos de distinta gravedad en el ámbito común y los delitos menos importantes son los que más se agravan. Así, mientras que algunas conductas se agravan muchísimo (las coacciones, por ejemplo), otras no difieren sustancialmente (el asesinato hiperagravado), y, además, sus marcos penales se acercan demasiado. En definitiva, pues, no existe una correlación penológica ni dentro de las infracciones terroristas ni en su relación con las comunes.

Lesas Humanidad”, p. 86; y MUCH, “The International Criminal Court (ICC) and Terrorism as an International Crime”, pp. 134 ss.

⁷²⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, “Los crímenes de lesa humanidad”, p. 62, considera que el “terrorismo es un crimen internacional que afecta a toda la Comunidad Internacional, pues el atentar contra el orden constitucional de un Estado supone atentar contra la Comunidad Internacional al ponerse en peligro la paz y la seguridad internacional. A su juicio, “los actos terroristas cometidos en España no sólo afectan al Estado Español sino a toda la Comunidad Internacional, al igual que los cometidos fuera de España también afectarían a España por ser miembro de esa Comunidad Internacional”.

⁷²⁸ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, “La generalización del Derecho Penal de excepción”, p. 30.

a) Proporcionalidad externa

Como se ha indicado, en los delitos previstos en el art. 572.1.3º CP, esto es, lesiones no agravadas por el resultado, detenciones ilegales, amenazas y coacciones, se produce un aumento desproporcionado de la pena respecto a los delitos comunes, especialmente en estos dos últimos supuestos. Por un lado, como casos más llamativos, en las coacciones (art. 172.1 CP) y en las amenazas de mal no constitutivo de delito (art. 171.1 CP) es posible pasar de una pena de multa (que en estos tipos se prevé como alternativa a la prisión) a una pena privativa de libertad de hasta 15 años, lo que no guarda ninguna relación de proporcionalidad con el delito común cometido.

Además, por el otro lado, dichas conductas pueden castigarse con una pena privativa de libertad equiparable a la de un homicidio común (10 a 15 años) sólo porque el sujeto activo está relacionado con el fenómeno terrorista. Sin embargo, lesionar, coaccionar, amenazar y detener ilegalmente a una persona, por mucho que sea en este ámbito, es menos grave que matar a alguien. De este modo, las penas de infracciones terroristas no guardan relación de proporcionalidad con la conducta realizada atendiendo al catálogo de sanciones comunes del Código Penal. Por el contrario, agravaciones de tal tipo constituyen una medida centrada no en el hecho cometido sino en el autor⁷²⁹, por lo que quedan al margen de un Derecho Penal de ciudadanos.

b) Proporcionalidad interna

En segundo lugar, también pertenece al arsenal punitivo del Derecho Penal de enemigos, por un lado, que en los delitos de terrorismo se equiparen conductas que en el ámbito común tienen un contenido de injusto diferente; y, por el otro, que se agraven más conductas menos graves.

Así, por ejemplo, tampoco resulta proporcionado ni se basa en el hecho cometido que la lesión de un órgano no principal (art. 150 CP) tenga

⁷²⁹ Como indica ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 240, “la sustitución de la perspectiva del ‘hecho’, por la perspectiva del ‘sujeto’ como ‘fuente de peligro’ de futuros hechos delictivos, invierte la fundamentación de la intervención penal y su finalidad”.

prevista la misma pena que la afectación de uno principal (art. 149 CP)⁷³⁰. Mientras que en el ámbito común, doctrina y jurisprudencia se esfuerzan en distinguirlo, para los delitos de terrorismo es indiferente si el atentado a la integridad física tiene como resultado la pérdida de un ojo o la de un incisivo⁷³¹. La privación de libertad prevista en ambos casos es de 15 a 20 años⁷³². Además, de este modo, la agravación de las lesiones más graves es inferior a la de las menos graves.

En esta misma línea, la ocultación de un colaborador con banda armada o de un sujeto que haya realizado actos de *kale borroka* tiene prevista una pena mucho más alta (prisión de 5 a 10 años en virtud del art. 576 CP) que el encubrimiento de un asesino muy peligroso, pero que no tenga relación alguna con el terrorismo (privación de libertad de 6 meses a 3 años según el art. 451.3º a) CP)⁷³³. O, todavía peor, la ocultación de un miembro de una organización criminal “común” no constituye, ni tan siquiera, un delito de encubrimiento personal. Puesto que la pertenencia a asociación ilícita no aparece en el listado del art. 451.3º.a) CP, que enumera los delitos respecto a los cuales surge la posibilidad de encubrimiento personal, la ocultación del máximo dirigente de un grupo que tenga como fin el tráfico de personas es una conducta atípica. Por el contrario, encubrir a un sujeto que ha quemado un autobús se castiga con una pena de como mínimo 5 años de prisión y como máximo de 10.

⁷³⁰ Art. 172.1.2º CP.

⁷³¹ Mientras que un ojo se considera órgano principal y, por tanto, la pena prevista es de 6 a 12 años de prisión, la jurisprudencia considera que la pérdida de incisivos es una deformidad no grave, por lo que la pena privativa de libertad se sitúa entre los 3 y los 6 años (cfr. FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 70-71).

⁷³² Además, produce efectos criminógenos. Como indica GÓMEZ BENÍTEZ, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, pp. 47 ss., “la equiparación de las penas correspondientes a las acciones menos graves con las de las más graves es criminógena, esto es que actúa más como factor delictivo favorecedor de los delitos y conductas más graves, que como intimidatorio respecto a las menos graves”; especialmente, en el caso de delincuentes altamente ideologizados, es decir, delincuentes con motivación política.

⁷³³ En este sentido, RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, pp. 116-117, pone de relieve que el hecho de incluir todos los delitos de terrorismo en este listado evidencia “que el criterio de selección de infracciones está más condicionado por la trascendencia o la alarma social que provocan que por la gravedad de los mismos en términos estrictamente penales, es decir, en función de la pena asignada. Así, una apropiación indebida específica de 100.000 pesetas contenidas en un sobre extraviado, con el fin de allegar fondos a una banda armada (art. 575 CP), cuya pena máxima sería de multa de seis a nueve meses, sí puede ser objeto de encubrimiento personal atendiendo a la finalidad del delito, mientras que unas lesiones graves, por poner un ejemplo clásico, podrían ser favorecidas personalmente de forma impune”.

De este modo, en los delitos más graves la parte de pena que se vincula con el mayor contenido de injusto perteneciente al terrorismo es muy inferior que en los delitos menos graves, lo que no tiene ningún sentido. Así, por ejemplo, mientras que en un asesinato hiperagravado el terrorismo “vale” sólo entre **0 y 5 años** (de un marco de 20 a 25 años, art. 140 CP, se pasa a otro situado entre los 20 y los 30 años, art. 572.1.1º), en unas lesiones básicas “vale” entre **7 y 12 años** (de los 6 meses a 3 años previstos en el art. 147, se pasa a un marco de 10 a 15 años, art. 572.1.3º), y en unas coacciones “vale” entre **10 y 15 años** (desde la posibilidad de la pena de multa, art. 172.1 CP, se produce un salto a la pena de prisión de 10 a 15 años, art. 572.1.3º CP). Es más, en términos porcentuales mientras que en un asesinato hiperagravado el terrorismo sólo significa entre el **0%** de la pena (en la parte inferior del marco) y el **20%** (en el extremo superior), en las lesiones puede llegar a suponer entre un **500** y un **2000%** de la misma.

Ciertamente, puede defenderse que el plus de injusto en las infracciones terroristas difiere según cual sea el concreto delito cometido, siendo más elevado en los delitos que, atendiendo al catálogo común de penas, se consideran más importantes. De este modo, por ejemplo, es posible justificar que un asesinato, puesto que despliega mayor poder de instrumentalización de las personas que unas lesiones, debe agravarse más, y así sucesivamente (lesiones muy graves vs. lesiones que no lo son tanto, etc.). Sin embargo, obsérvese como la lógica del Código Penal español es justo la contraria: precisamente, los delitos menos graves se agravan más. En consecuencia, aunque me parece legítimo tanto un modelo que agrave todos los delitos comunes con base en un mismo porcentaje (mitad superior, superior en grado, etc.), como otro que agravase más los delitos que contienen mayor poder comunicativo, esto es, en orden de importancia: el asesinato, el homicidio, las lesiones, etc., ni lo uno ni lo otro es lo que hace nuestra legislación penal.

2. El adelantamiento de las barreras de punición: la pertenencia y la colaboración con las actividades de una banda armada terrorista

A) Derecho Penal del ciudadano

De entrada, el castigo de la pertenencia (y la colaboración) con las actividades de una banda armada implica un adelantamiento de las

barreras de punición⁷³⁴, puesto que tales conductas quedan muy lejanas de la efectiva lesión y de la puesta en peligro concreto de un bien jurídico personal. Por esta razón, a juicio de JAKOBS⁷³⁵, tales figuras son paradigma del Derecho Penal del enemigo, ya que abandonan la perspectiva del hecho producido y adoptan la del hecho que se va a producir.

Sin embargo, la doctrina prácticamente unánime⁷³⁶ legitima la punición de los delitos de organización mediante alguna de las siguientes vías⁷³⁷: en primer lugar, un sector –más antiguo– considera que el elemento del injusto se encuentra en el ejercicio abusivo del derecho fundamental de asociación que supondría la constitución de la organización delictiva⁷³⁸; en segundo lugar, otro grupo de autores justifica su punición con base en el peligro genérico que representa la existencia de una asociación ilícita para la futura lesión de bienes personales⁷³⁹; y, en tercer lugar, un último sector doctrinal opina que estas infracciones vulneran por sí mismas un bien jurídico supraindividual, esto es, la paz pública, el orden público o la seguridad interior⁷⁴⁰. Concretando este punto de vista, CANCIO MELIÁ⁷⁴¹ considera que la específica peligrosidad de las organizaciones terroristas radica “en un ataque (ideal) al Estado”, esto es, a su poder coactivo, ya

⁷³⁴ Como apunta SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 865, son “supuestos de criminalización de actos preparatorios de un futuro delito, esto es, ‘delitos de preparación’”.

⁷³⁵ JAKOBS, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, p. 138.

⁷³⁶ Como indica CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 3, “lentamente van perdiendo fuerza las voces que exigen llanamente la eliminación de los delitos de organización como contrarias a un sistema jurídico-penal legítimo”.

⁷³⁷ Cfr. CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, pp. 9 ss.; EL MISMO, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, pp. 1.885 ss. Véase, también, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, pp. 123 ss.

⁷³⁸ Véanse CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 9; EL MISMO, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, pp. 1.885-1.886; y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, pp. 123 ss. De este modo, el bien jurídico protegido es el recto ejercicio del derecho de asociación.

⁷³⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertinencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.069 ss. Desde esta perspectiva, la postura elaborada por dicho autor será la acogida en este trabajo para legitimar tales figuras. A su juicio, los sujetos que son miembros de una asociación ilícita o colaboran con ésta participan en el injusto sistémico, lo que legitima su responsabilidad por el hecho propio. Véase *infra* 3ª.II.1.B.

⁷⁴⁰ Véase CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 10; EL MISMO, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, p. 1.888, quien distingue entre “la vertiente colectiva-subjetiva y la vertiente fáctica de las correspondientes nociones del objeto de protección”; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, pp. 129 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertinencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.076.

⁷⁴¹ CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, pp. 35 ss.; EL MISMO, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, pp. 1.894-1.895.

que ponen en cuestión el monopolio de la violencia que le corresponde⁷⁴².

Por su parte, partiendo de esta última perspectiva, el propio JAKOBS⁷⁴³ propone un nuevo camino para la definición de la “paz jurídica”⁷⁴⁴. El autor de Bonn legitima la tipificación de las conductas de organización puesto que tales hechos infringen normas de flaqueo cuya finalidad es garantizar los presupuestos cognitivos de la vigencia de las normas principales –en otras palabras, se trata de hechos que menoscaban cognitivamente la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento-. De este modo, pues, las perspectivas que adoptan la creación de un bien jurídico colectivo no anticipan la protección de bienes jurídicos personales pero sí, no obstante, el objeto de protección.

Finalmente, también transita la vía del injusto colectivo PASTOR MUÑOZ⁷⁴⁵, quien opina que el mero acto de hacerse miembro de una organización expresa objetivamente una disposición subjetiva seria a delinquir. Para esta autora, el injusto de tal delito no puede explicarse en términos de peligrosidad objetiva para bienes jurídicos. Sin embargo, a su juicio, existe un equivalente funcional que suple este déficit de peligrosidad objetiva y explica el injusto de esta estructura, el cual consiste en la seria manifestación objetiva de la peligrosidad subjetiva del autor o del inicio de una conducción criminal de la vida al expresar su disposición a cometer delitos⁷⁴⁶.

B) Derecho Penal del enemigo

Establecido todo lo anterior, el problema reside, de nuevo, en que el adelantamiento de las barreras de punición no se ve acompañado de una rebaja en el monto de la pena⁷⁴⁷, como, ciertamente, ya ha apuntado un

⁷⁴² Postura que el propio autor (CANCIO MELLÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, p. 1.895) pone de relieve es coincidente con la orientación defendida por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, pp. 142 y 144. Sin embargo, propone una ulterior concreción: “sólo los agentes colectivos peligrosos están en realidad en condiciones de plantear un desafío al Estado”.

⁷⁴³ JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, pp. 314 y 317-318.

⁷⁴⁴ CANCIO MELLÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 18.

⁷⁴⁵ PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 57 ss.

⁷⁴⁶ Lo que constituye una verdadera perturbación social (PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 63).

⁷⁴⁷ En este sentido, GARCÍA CAVERO, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, p. 931, pone de relieve que, en la legislación peruana, el castigo de la

sector de la doctrina⁷⁴⁸. De hecho, es significativo, por ejemplo, que los delitos de pertenencia y colaboración tengan prevista más pena que la ejecución de los delitos-medio de la organización (falsedades, amenazas, daños, etc., en relación con el art. 574 CP, que los agrava en su mitad superior).

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de febrero de 1992 (ponente Móner Muñoz), propuso el indulto parcial al Gobierno, al considerar la pena prevista para el delito de colaboración con banda armada desproporcionada en relación con los hechos del caso enjuiciado.

En conclusión, pues, la sanción prevista para estos delitos tendría que ser inferior a la establecida actualmente en los arts. 516 y 576 CP⁷⁴⁹, en orden a reflejar que, pese a existir un injusto, éste se encuentra lejano a la efectiva lesión de un bien jurídico⁷⁵⁰.

IV. SOBRE MEDIDAS INNECESARIAS Y DERECHO PENAL SIMBÓLICO

1. Catálogo de medidas innecesarias

En el apartado anterior, por tanto, se ha hecho referencia a que determinadas características que se atribuyen al Derecho Penal del

pertenencia a organización terrorista y la apología “implica no sólo un adelantamiento considerable de las barreras de protección, sino también una cierta desproporcionalidad de las penas en atención al adelantamiento de la punibilidad”. En dicho ordenamiento jurídico, la mera pertenencia a organización terrorista se castiga con pena de prisión no menor de 20 años y la apología del terrorismo con pena privativa de libertad de hasta 12 años. De modo similar, en el Reino Unido se ha llegado a condenar a un sujeto a cadena perpetua por conspirar para cometer atentados terroristas (cfr. *BBCNews* de 7 de noviembre de 2006, news.bbc.co.uk).

⁷⁴⁸ Véase CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho Penal’ del enemigo?”, p. 112; EL MISMO, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 10; GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, pp. 2 y 21-22; y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 865. Cfr., también, JAKOBS, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, p. 71.

⁷⁴⁹ Como indica PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.498, respecto al art. 576 CP, “el juicio de proporcionalidad debe dirigirse a analizar si resulta proporcionada una figura delictiva que condena las conductas descritas a penas de un mínimo de cinco años de prisión y multa”.

⁷⁵⁰ Respecto al delito de colaboración, véase *infra* 3^a.II.1.B con más detalle.

enemigo pertenecen, en realidad, al Derecho Penal de ciudadanos. Sin embargo, también es cierto que muchas otras ponen en entredicho las garantías y límites del *Ius puniendi* que caracterizan un Estado social y democrático de Derecho, lo que, según JAKOBS⁷⁵¹, es legítimo si se limita a lo estrictamente necesario⁷⁵².

Ahora bien, partiendo de esta premisa, muchas de las medidas excepcionales previstas para luchar contra el terrorismo no son necesarias⁷⁵³, puesto que los resultados de aplicar la legislación común son los mismos. Es decir, en la mayoría de ocasiones, las normativas excepcionales no son más eficaces⁷⁵⁴ en la lucha contra esta clase de delincuencia⁷⁵⁵, sino que sólo producen efectos simbólicos⁷⁵⁶. Es más, las reacciones excepcionales por parte de los Estados son contraproducentes⁷⁵⁷, puesto que dan nuevos argumentos a los terroristas

⁷⁵¹ JAKOBS, “¿Terroristas como personas en derecho?”, p. 76.

⁷⁵² En el mismo sentido, CUERDA-ARNAU, “El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades”, p. 157, considera que el terrorismo sitúa al Estado en una situación de necesidad que legitima la adopción de medidas extraordinarias para reaccionar contra un ataque cualitativamente más grave; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 86, opina que “nadie cuestiona la necesidad de normas excepcionales o especiales para combatir eficazmente el terrorismo”; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 180, afirma que “sería difícil no coincidir en la legitimidad del Estado para responder a la excepcionalidad del ataque terrorista con medidas igualmente excepcionales”.

⁷⁵³ Cfr. DAMIÁN MORENO, “¿Un Derecho Procesal de enemigos?”, p. 462.

⁷⁵⁴ A juicio de GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 119, las reformas en materia de terrorismo se producen al hilo de acontecimientos concretos, sin que exista una política criminal planificada, por lo que no son eficaces.

⁷⁵⁵ Como pone de relieve GÓMEZ BENÍTEZ, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, pp. 46 ss., “la acumulación de excepciones jurídicas no es eficaz, no es necesaria para hacer frente al problema”, e, incluso, puede demostrarse su inutilidad. A su juicio, un ordenamiento jurídico y procesal ordinario es “capaz de ofrecer una respuesta adecuada a la delincuencia”.

⁷⁵⁶ Según GÓMEZ BENÍTEZ, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, pp. 46 ss., la mayoría de las leyes excepcionales con motivo del terrorismo contienen “normas meramente simbólicas, de eficacia sólo aparente”. Sobre este concepto, véase *infra* 2^a.IV.2 con más detalle.

⁷⁵⁷ En este sentido, BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, pp. 10-11, afirma que si los militares responden a determinados actos terroristas con bombardeos, “el resultado será contraproducente: se criarán nuevos Bin Laden”; y REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 166, pone de relieve que “procedimientos reiterados tales como los de mantener detenidos a sospechosos de manera prolongada y sin asistencia letrada, o internarlos sin juicio previo, suelen resultar prácticas contraproducentes”, puesto que tienden a crear simpatía popular hacia los insurgentes. De este modo, “si los detenidos o sus allegados cercanos no son miembros, colaboradores o simpatizantes de la organización clandestina en el momento de su arresto, la probabilidad de que lo sean después, una vez liberados, es mucho mayor que la registrada en condiciones de normalidad”. Y, como ejemplos, cita “los numerosos y masivos arrestos llevados a cabo en el pasado por fuerzas armadas

para justificar sus actos⁷⁵⁸. Por tanto, eficacia⁷⁵⁹ y garantías no son, al menos en la mayoría de supuestos, conceptos antagónicos⁷⁶⁰, como lo ponen de relieve los siguientes ejemplos.

A) La agravación prevista en el art. 573 CP

Los problemas de *bis in idem* que plantea la agravación terrorista de los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos son innecesarios. En la práctica, lo más usual es que los terroristas cometan el delito tipificado en el art. 568 CP, esto es, la tenencia o el depósito de explosivos, que se castiga con prisión de **4 a 8 años**⁷⁶¹. De este modo, la modalidad común ya tiene prevista una pena casi idéntica a

británicas e israelíes en los conflictivos territorios norirlandés y cisjordano, respectivamente”. Por su parte, GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, pp. 81 ss., hace referencia a las “over reaction” que, en materia de terrorismo, acogen los Estados para combatirlo.

⁷⁵⁸ Así, REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 170. En este sentido, COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free, passim*, pp. 129 ss., enumeran los costes que se han derivado de la sobre-reacción realizada por parte de los EEUU en su “guerra contra el terror”. Según indican, los atentados terroristas en el mundo se han incrementado desde el 11-S (por ejemplo, en la p. 9, aluden a que, entre 2003 y 2004, los ataques terroristas aumentaron en un 300% a nivel mundial), por lo que concluyen que actualmente tales medidas lejos de hacer de la Tierra un lugar más seguro, la han convertido en más vulnerable (pp. 202-203); los “enemigos” se han radicalizado; ha crecido el resentimiento en el mundo contra los estadounidenses, por lo que este país ha sufrido una pérdida de credibilidad; y, por último, no se han destinado aquéllos recursos (de la sobre-reacción) a crear medidas que sí podrían haber sido eficaces en la lucha contra este fenómeno. También CANCIO MELIÁ, “Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo”, p. 164, texto y nota 11, pone de relieve que la experiencia demuestra como la eficacia preventiva frente al terrorismo mediante normativas excepcionales no sólo no ha conducido a evitar delitos sino que ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión.

⁷⁵⁹ Sobre la “absolutización” del fin de eficacia, véase PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 23. Y, sobre el “nuevo eficientismo penal”, muy ampliamente APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo*, pp. 12 ss.

⁷⁶⁰ Como pone de relieve CUERDA-ARNAU, “El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades”, p. 159, parece que se ha difundido la idea de que la eficacia está reñida con el respeto de las garantías sustantivas y procesales. Sin embargo, GÓMEZ BENÍTEZ, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, pp. 46 ss., considera, con razón, que “eficacia frente a la delincuencia no implica necesariamente dejación de garantías básicas o endurecimiento irracional de las penas”. En conclusión, “el sacrificio de garantías jurídicas básicas que comportan estas leyes suele ser innecesario”.

⁷⁶¹ La segunda modalidad más realizada en la práctica de esta clase de delitos es el depósito de armas de guerra cuya pena “común” se sitúa entre los 5 y los 10 años (art. 566.1.1º CP). Así, por ejemplo, la SAN de 16 de noviembre de 2000 (ponente Arteaga Cerrada) castiga a 7 años de prisión por estos hechos en el ámbito del terrorismo.

la del art. 573 CP (**6 a 10 años** de privación de libertad, por lo que el marco penal sólo difiere en dos años en su máximo). Además, todas las sentencias analizadas desde el año 2000 imponen una pena de **7 u 8 años** por el delito previsto en el art. 573 CP⁷⁶². Así, *de facto*, no existe una agravación en el seno de estas conductas delictivas, por lo que su previsión es meramente simbólica.

B) *La cláusula “sin perjuicio” del art. 575 CP*

Del mismo modo, el art. 575 CP, que plantea problemas a la luz del principio *non bis in idem*, también es innecesario. Téngase en cuenta que tal figura se dirige a luchar contra la financiación del terrorismo⁷⁶³, cuando ésta provenga de actividades delictivas. Por tanto, dicho precepto debe entenderse en clave criminológica. Como es sabido, son las aportaciones económicas a las bandas armadas realizadas por sus simpatizantes las que aseguran su estabilidad y potencialidad lesiva, pues las organizaciones criminales necesitan mucho dinero para poder subsistir⁷⁶⁴. De aquí la importancia de la lucha contra su financiación⁷⁶⁵, ya que ahogada ésta se

⁷⁶² Cfr. las SSTs de 10 de octubre de 2003 (ponente Andrés Ibáñez), que confirma la condena de 8 años por un depósito de armas de guerra y de materiales explosivos; de 16 de julio de 2003 (ponente Colmenero Menéndez de Lúcar), que confirma la pena de 8 años por el transporte de explosivos; y las SSAN de 11 de marzo de 2003 (ponente Campos Martínez), que castiga a 7 años de prisión por depósito de armas de guerra y materiales explosivos; de 4 de febrero de 2003 (ponente de Prada Solaesa), que condena a 8 años por depósito de armas y explosivos; de 28 de octubre de 2002 (ponente Arteaga Cerrada), que impone una pena de 7 años por un depósito de armas y explosivos (e, incluso, la STS de 6 de mayo de 2005, ponente Berdugo y Gómez de la Torre, confirma una condena de 4 años y seis meses por un depósito de materiales explosivos, lo que está por debajo del marco legal, sin que concurra ninguna circunstancia atenuante).

⁷⁶³ En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.614; y MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, p. 209.

⁷⁶⁴ Así, también, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 92 ss.; y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, pp. 77 ss.

⁷⁶⁵ Evitar la colaboración económica con este fenómeno es uno de los principales objetivos de la normativa antiterrorista en la práctica. En este sentido, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre, establece en su preámbulo que “la financiación del terrorismo es motivo de profunda preocupación para toda la comunidad internacional”. Ciertamente, son muestra de tal inquietud la gran cantidad de convenios, tratados y recomendaciones elaborados por distintos organismos internacionales que existen, especialmente a partir de 2001. Entre ellos destaca la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001, que ordena a los Estados que adopten las medidas

acaba o se disminuye en gran medida el terrorismo. Así, la regulación española en esta materia se dirige a combatir las dos posibles fuentes económicas que sufragan tal fenómeno: por un lado, las ayudas dinerarias que no se hayan obtenido de ninguna actividad ilegal, es decir, que se posean legítimamente (art. 576 CP); y, por el otro, las aportaciones que tengan su origen en la comisión de infracciones penales que aporten beneficios a las bandas armadas, en las que se centra el art. 575 CP, pero que también pueden sancionarse en virtud del delito de colaboración con banda armada del art. 576 CP.

De este modo, los delitos patrimoniales cometidos para colaborar con una banda terrorista pueden ser castigados con una pena que pertenezca al Derecho Penal de ciudadanos, similar a la prevista en la actual regulación y de todos modos muy elevada. Es más, ello es así, especialmente, en los supuestos graves de financiación del terrorismo, esto es, mediante el blanqueo de capitales o el narcotráfico⁷⁶⁶. La sanción resultante del concurso real entre la colaboración con banda armada (5 a 10 años) y el delito común cometido conlleva que en estos casos se puedan alcanzar penas de prisión nada desdeñables y que sólo difieran algunos pocos años en la parte superior del marco.

necesarias para prevenir y reprimir el delito de financiación del terrorismo, que completa lo dispuesto en las Resoluciones 1267 (1999), 1269 (1999), 1333 (2000) y 1368 (2001). De este modo, en cumplimiento de lo establecido en tales Resoluciones, en España se han aprobado: la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo –que crea la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, con atribuciones para poder bloquear saldos y movimientos financieros de personas concretas-; y la LO 4/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea, el Consejo aprobó una Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo, de 13 de junio de 2002, en la que invitaba a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para sancionar penalmente todas las formas de financiación de las actividades de un grupo terrorista (sobre esta Decisión, véanse ACALE SÁNCHEZ, “Previsiones sancionadoras en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002”, pp. 217 ss.; GARCÍA RIVAS, “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista”, *passim*; y MORAL DE LA ROSA, “La Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo”, *passim*). Por último, el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) elaboró, bajo la impresión de los atentados del 11-S, unas “Recomendaciones Especiales sobre financiación del Terrorismo”, aprobadas en Washington el 31 de octubre de 2001 (cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, pp. 140 ss.).

⁷⁶⁶ Cfr. los arts. 301 y 368 ss., que castigan el blanqueo de capitales y el tráfico de drogas, respectivamente. Es más, este último no está previsto en el art. 575 CP, puesto que no forma parte de los delitos contra el patrimonio, lo que indica los efectos meramente simbólicos de esta regulación (véase *infra* 2^a.IV.2).

Por ejemplo, el art. 301 CP castiga el delito de blanqueo de capitales con pena de prisión de hasta 6 años, que sumada a límite máximo de 10 años previsto en el art. 576 CP conlleva un total de **16 años**, que sólo difiere en **3** respecto a la aplicación conjunta de los arts. 575 y 576 CP (en este supuesto, la pena superior en grado del blanqueo de capitales alcanzaría los 9 años, que podría sumarse a los 10 previstos por el acto de colaboración).

En realidad, el sinsentido de este precepto lo demuestra su inexistente aplicación práctica. Nuestros órganos judiciales nunca han apreciado de manera conjunta los arts. 575 y 576⁷⁶⁷. De hecho, de las sentencias analizadas, sólo dos condenan por este delito⁷⁶⁸ a unos sujetos que también fueron castigados por pertenencia a banda armada⁷⁶⁹. Sin embargo, en el resto de casos en los que los miembros de una organización terrorista o sus colaboradores cometen delitos contra el patrimonio, los tribunales condenan en virtud del art. 574 CP⁷⁷⁰.

C) La cláusula de cierre del art. 574 CP

Como se ha indicado en el capítulo anterior⁷⁷¹, el art. 574 CP constituye una cláusula de cierre respecto a los tres artículos anteriores, que castigan los delitos más frecuentemente realizados por las bandas armadas terroristas: estragos, incendios, homicidios, lesiones, detenciones ilegales,

⁷⁶⁷ En el caso resuelto por la SAN de 19 de diciembre de 2007 (ponente Murillo Bordillo) podría haberse apreciado la citada cláusula. En tal supuesto, unos sujetos cometieron un delito de alzamiento de bienes para entregar el beneficio obtenido de tal infracción a la organización terrorista ETA. Sin embargo, el Tribunal aplicó el art. 576 CP en relación de concurso medial con el delito común de alzamiento de bienes.

⁷⁶⁸ SSAN de 28 de julio de 2004, ponente Bermúdez de la Fuente; y de 25 de septiembre de 2006 (ponente Sánchez Martínez).

⁷⁶⁹ En los hechos resueltos por la SAN de 28 de julio de 2004, miembros de ETA habían sustraído vehículos mediante la fuerza para ser utilizados en posteriores acciones criminales. Así, se aplicó el art. 575 CP (en relación con el delito de robo con fuerza en las cosas) en concurso real con el delito de pertenencia. Por su parte, la SAN de 25 de septiembre de 2006 castiga por un delito de robo con violencia e intimidación del art. 575 CP en relación con el art. 242 CP y por el tipo de integración a banda armada a unos miembros de los GRAPO que atracaron un banco.

⁷⁷⁰ Por ejemplo, la SAN de 9 de octubre de 2003 (ponente Gómez Bermúdez) condena por pertenencia a banda armada y robo con intimidación en las personas con fines terroristas del art. 574 CP, a un miembro del GRAPO que atracó una sucursal bancaria con la finalidad de allegar fondos a esta banda terrorista, pese a que el Ministerio Fiscal había acusado por el art. 575 CP (también CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 124, considera que, en este caso, “la conducta debió ser sancionada por este último precepto”).

⁷⁷¹ Véase *supra* 1^a.VI.

amenazas, coacciones y tenencia y depósitos de armas, municiones o explosivos. De este modo, a diferencia de los arts. 571 a 573 CP, el art. 574 CP establece una agravación general: cuando cualquier otra infracción sea cometido por pertenecientes o colaboradores de una banda armada, organización o grupo terrorista se impondrá la pena del delito común en su mitad superior⁷⁷².

No obstante, también se ha apuntado, resulta difícil relacionar todos los tipos de la parte especial con el fenómeno terrorista: piénsese en los delitos contra los derechos de los trabajadores o en los delitos relativos a la ordenación del territorio, entre otros muchos ejemplos. Por tanto, como indica CANCIO MELIÁ⁷⁷³, una cláusula de esta clase crea la impresión de que se agrava “con carácter general e indiscriminado” la conducta de “determinados sujetos caracterizados por su pertenencia a un grupo o por sus actitudes internas”. De nuevo, pues, dicha previsión no tiene ninguna incidencia en la realidad, sino que sus efectos son únicamente simbólicos.

D) La pérdida del tiempo pasado en libertad condicional

Tampoco es de ninguna utilidad la vulneración de los principios de cosa juzgada y *non bis in idem* que introduce el art. 93 CP. Si un sujeto pierde el goce de la libertad condicional por la comisión de un nuevo delito tiene que volver a ingresar inmediatamente en prisión por este motivo, y, a continuación, ser condenado si así se prueba. Por tanto, es posible encarcelar a un terrorista que demuestra no estar resocializado mediante la ejecución de nuevos hechos, sin necesidad que tenga que cumplir dos veces parte de la misma condena.

*E) Los actos preparatorios punibles como *numerus apertus**

De nuevo, pese a que en el ámbito del terrorismo es posible castigar la conspiración, la proposición y la provocación de cualquier infracción, las figuras de la pertenencia y la colaboración con banda armada permiten sancionar aquella actividad tendente a cometer delitos en el seno de una organización terrorista. Así, la punición de tales conductas convierte en innecesaria la cláusula abierta de los actos preparatorios.

⁷⁷² Obsérvese que en las conductas delictivas que menos se relacionan con el terrorismo sí se atiende a cada tipo común específico, a cada agravación o atenuación.

⁷⁷³ CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 195.

Además, en la práctica sólo se ha aplicado el art. 579.1 CP respecto a delitos que, en su modalidad común, también tienen prevista la punición de los actos preparatorios, especialmente respecto al delito de asesinato y en su modalidad de conspiración⁷⁷⁴.

F) El acceso a beneficios penitenciarios

La nueva regulación operada por la LO 7/2003 en materia de permisos de salida y acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario y a la libertad condicional no implica ningún gravamen para los condenados que se mantengan fieles a las consignas de una banda armada, respecto a la legislación común⁷⁷⁵.

La normativa anterior a dicha reforma, que no diferenciaba entre los condenados por terrorismo y otros delitos, imposibilitaba el acceso al segundo y al tercer grado y a la libertad condicional de aquellos condenados que no se hubiesen sustraído a la disciplina interna de una banda armada⁷⁷⁶: por un lado, facilitaba la “masiva clasificación de los reclusos terroristas en primer grado”⁷⁷⁷, en virtud del art. 10 LOGP⁷⁷⁸ (precepto que sigue en vigor); y, por el otro, impedía la progresión en grado hasta que no se hubiesen modificado “*aquellos rasgos de la personalidad*

⁷⁷⁴ Cfr. las STS de 19 de mayo de 2003 (ponente Saavedra Ruiz); y las SSAN de 29 de junio de 1998 (ponente García Pérez); de 18 de mayo de 1999 (ponente Campos Martínez); de 22 de junio de 2000 (ponente García Pérez); de 23 de enero de 2003 (ponente Martínez de Salinas Alonso).

⁷⁷⁵ Es más, perjudica en mayor medida a los “desvinculados” de una organización terrorista que a los “fieles” (sobre esta cuestión, véase LLOBET ANGLÍ, “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas”, pp. 20 ss.).

⁷⁷⁶ Para más detalle véase LLOBET ANGLÍ, “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas”, pp. 6-7.

⁷⁷⁷ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, pp. 593 y 595; PÉREZ CEPEDA, “Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo”, p. 245; y SEGURA GARCÍA, “Reflexiones de urgencia sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios a reclusos ‘terroristas’”, p. 620.

⁷⁷⁸ El cual establece que el sujeto condenado por pertenecer a banda armada terrorista y/o por haber realizado uno o más delitos en su seno, que, una vez tenga que ingresar en prisión, no se haya sustraído a la disciplina interna de dicha banda puede ser situado en el primer grado de tratamiento penitenciario.

directamente relacionados con la actividad delictiva” (arts. 65.2 LOGP y 106.2 RP, que tampoco han sido derogados)⁷⁷⁹.

Además, la aplicación práctica de esta normativa era muy estricta. Así, de un total de 533 presos de ETA en el año 1995, 215 estaban clasificados en primer grado “porque, fieles a las consignas de la organización, rechazaban colaborar en el régimen de prisión” o no mostraban “un cambio de actitud ante el delito”, y 218 en segundo o tercer grado⁷⁸⁰; y, ésta siguió siendo la situación hasta los albores de la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas⁷⁸¹.

Por último, la estrategia del grupo terrorista ETA hasta septiembre de 2003 era la de no acogerse a los grados de clasificación penitenciaria, por lo que sus militantes en prisión no pedían ni el tercer ni el cuarto grado⁷⁸².

G) *El límite penológico de 40 años*

La exposición de motivos de la LO 7/2003⁷⁸³ establece que la reforma consistente en aumentar la pena máxima de los delitos de terrorismo persigue un claro objetivo, “el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad”. Por tanto, parece que el legislador considera que con penas de prisión más graves evitará que se cometan infracciones terroristas⁷⁸⁴, o,

⁷⁷⁹ Además, el art. 90.1.a) CP establece expresamente que un requisito para acceder a la libertad condicional es estar situado en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

⁷⁸⁰ Véase PÉREZ CEPEDA, “Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo”, p. 245, texto y nota 68.

⁷⁸¹ LÓPEZ PEREGRÍN, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, p. 5, pone de relieve que, entre 1996 y 2001, si bien el porcentaje de los clasificados en primer grado era muy pequeño, esta era la práctica habitual respecto a los delincuentes terroristas (véase, también, CID MOLINÉ, “El sistema penitenciario en España”, p. 20).

⁷⁸² En *La Vanguardia* de 6 de octubre de 2003 se publicó la siguiente noticia: “ETA ha cambiado en las últimas semanas su estrategia histórica respecto a sus militantes que se encuentran en prisión. Por primera vez en su historia la banda terrorista ha roto su costumbre de no observar los grados de clasificación penitenciaria y ha pedido, mediante los abogados de los presos, el tercer grado y la libertad condicional para un grupo de cien reclusos etarras (...). Esta iniciativa de ETA contradice reflexiones extendidas entre la militancia etarra”. De este modo, según afirmó la Juez de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, Ruth Alonso, a la cadena SER, los etarras excarcelados en tercer grado de tratamiento penitenciario que lo habían solicitado en contra de las directrices de la organización, recibían amenazas por parte de ETA (cfr. *El Mundo* de 8 de enero de 2003).

⁷⁸³ Apto. II.

⁷⁸⁴ Ahora bien, resulta paradójico que la propia exposición de motivos (apto. II) también indique que “el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá

al menos, reducirá su tasa mediante la intimidación o prevención negativa⁷⁸⁵.

Sin embargo, no hay una diferencia relevante en cuanto a su eficacia preventiva, entre una pena de 30 años y una de 40⁷⁸⁶. En este sentido, los estudios afirman que a partir de determinados años de prisión el aumento de la pena no disminuye la comisión de delitos, esto es, no aporta nada en términos de prevención general negativa⁷⁸⁷. Además, también se alude al hecho de que los terroristas son delincuentes por convicción, lo que añade “refracción motivacional” a estas penas⁷⁸⁸. Posiblemente, el máximo exponente de esta situación sea el terrorismo suicida, puesto que si sus autores están dispuestos a morir por su causa, no pueden ser disuadidos⁷⁸⁹ ni siquiera con la pena de muerte.

más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento”. Si bien es cierto que con esta cita de Cesare Bonesana, el Marqués de Beccaria, el legislador intenta fundamentar el resto de la reforma llevada a cabo, que endurece el régimen de ejecución penal en los supuestos graves de violencia organizada, como apunta TÉLLEZ AGUILERA, “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, aptdo. I, “Beccaria se refería exclusivamente a la infalibilidad en la imposición de la pena y no en cuanto a su cumplimiento que es, (...), un añadido interesado de nuestro legislador”.

⁷⁸⁵ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “¿Qué les corten la cabeza?”, p. 39, considera que “la reforma de la cuantía máxima de las penas parece guiada por las ideas de que la anterior pena máxima (30 años) ha fracasado en su intento de prevenir los delitos más graves y de que este fracaso exige una pena más dura”.

⁷⁸⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, “¿Qué les corten la cabeza?”, p. 37.

⁷⁸⁷ En este sentido, FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”, p. 330, considera que “no es cierto que la mayor duración en la ejecución de la pena tenga, en general, un efecto intimidatorio real”; GARCÍA ARÁN, “Castigo satisfactorio o reinserción eficaz”; y LÓPEZ PEREGRÍN, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, p. 12, quien afirma que resulta muy difícil argumentar que una vez superados diez o quince años de prisión, los excesos de condena puedan incrementar su capacidad preventiva.

⁷⁸⁸ Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “¿Qué les corten la cabeza?”, p. 37. En el mismo sentido, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 158; y QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho Penal*, pp. 99-100. También LÓPEZ PEREGRÍN, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, p. 13, quien, a la crítica de la falta de intimidación en la delincuencia por convicción, agrega la cuestión de que este aumento de las penas puede ser usado “por el entorno terrorista como un argumento más de la necesidad de la ‘lucha armada’”. En el mismo sentido, STELLA, “La tutela penale Della società”, p. 77. En cambio, SANZ MORÁN, “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, pp. 14-15, considera que las medidas contenidas en la LO 7/2003 comportan un incremento de la prevención general intimidatoria.

⁷⁸⁹ DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, pp. 35-36. También GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 79, pone de relieve que la aparición del terrorista suicida “dificulta la prevención y extrema el perfil de delincuente por convicción”.

Además, respecto a la prevención especial negativa, la reincidencia de los terroristas etarras ha sido prácticamente inexistente⁷⁹⁰. De hecho, la reciente SAN de 2 de febrero de 2007 (ponente Fernández Prado) ha sido la primera en aplicar la agravante de reincidencia a Henri Parot Navarro⁷⁹¹. Por tanto, con la anterior regulación, que establecía un límite máximo de 30 años de prisión, ya era suficiente para neutralizar a un individuo terrorista. Es más, en virtud de la redención de penas por el trabajo, todas las condenas por actos terroristas cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 eran, como mucho, de 20 años⁷⁹². En conclusión, no es necesario regular una pena

⁷⁹⁰ En este sentido, FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”, p. 327, explica que “la tasa de reincidencia de condenados a penas graves por delitos de terrorismo que no se han desvinculado formalmente de la banda es muy baja, por no decir inexistente”. También IU (según datos manejados en la reunión del pacto por la reforma de la justicia hechos públicos por el diputado de este partido político, Luis Carlos Rejón; cfr. *NoticiasIU* de 9 de enero de 2003, www.igualdadia.com) y la Juez de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, Ruth Alonso (véase *El País* de 8 de enero de 2003) han afirmado que ninguno de los 300 presos de ETA reinsertados tras cumplir parte de su condena durante la democracia ha vuelto a delinquir (es más, según IU, sólo tres etarras que cumplieron las penas íntegras volvieron a la banda terrorista en este período; cfr. *NoticiasIU* de 9 de enero de 2003), y ello aunque no se hayan desvinculado formalmente de la banda armada. Por último, este dato no es contradicho por los medios de comunicación. En la búsqueda realizada en distintos periódicos, sólo se han encontrado dos noticias que se refieren a la reincidencia de sujetos condenados por terrorismo: en *El País* de 26 de marzo de 2002 se informó sobre un sujeto, Ignacio Bilbao Goikoetxea, que “se reincorporó a ETA después de haber cumplido una condena de 18 años de prisión por formar parte de la organización terrorista”. Ahora bien, en *El País* de 9 de febrero de 2006, se leía, respecto a este mismo terrorista, que el “caso de un etarra que sale y vuelve a matar es excepcional”; y, en *el Mundo* de 18 de diciembre de 2002 se publicó un artículo según el cual “Jesús María Etxebarria Garaikoetxea se incorporó de nuevo a la banda terrorista ETA tras haber pasado 14 años en distintas prisiones españolas”.

⁷⁹¹ También la SAN de 8 de noviembre de 2006 (ponente Rodríguez Fernández), “caso de Juana Chaos”, había apreciado esta agravante. Sin embargo, fue anulada por la STS de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García). Además, la Sala Segunda estableció que no hubo reincidencia en cuanto al delito de amenazas, porque los delitos de terrorismo por los que fue condenado de Juana se encontraban en otro título del Código; y, tampoco apreció la reincidencia en cuanto al delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, pese a encontrarse dentro del mismo título que los realizados en el pasado, porque no tienen la misma naturaleza. A juicio del Tribunal Supremo, “no es lo mismo un delito de opinión que los de comisión de atentados con resultado de muerte”.

⁷⁹² Como es sabido, el Código Penal de 1973 preveía la redención de penas por el trabajo (art. 100). En virtud de este beneficio penitenciario, el condenado que observara buena conducta podía ver acortada su pena en un tercio si trabajaba, puesto que dos días de trabajo reducían la condena en un día. Además, el art. 71 RSP (Reglamento de Servicio de Prisiones, anterior reglamento penitenciario) preveía las redenciones extraordinarias con el límite de uno por cada día de trabajo y de 175 por cada año de cumplimiento efectivo

excepcional de 30 ó 40 años, sino que con el límite ordinario de cumplimiento de pena (art. 36.1 CP), en España ha habido suficiente en aras a la prevención especial negativa.

2. El Derecho Penal simbólico como parte de la nueva orientación del Derecho Penal del enemigo

Como es sabido, se denomina Derecho Penal simbólico a aquél cuyos efectos simbólicos predominan sobre los efectos instrumentales⁷⁹³, esto es, sus efectos se conectan al fin “de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos” sin capacidad “para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados”⁷⁹⁴. Así, esta normativa no atiende tanto a la protección de bienes jurídicos como a la producción de efectos tranquilizadores en la sociedad. En consecuencia, medidas para luchar contra el terrorismo como las que se acaban de citar son muestra del Derecho Penal simbólico, puesto que no tienen capacidad para prevenir el terrorismo sino, por el contrario, para sosegar a la ciudadanía⁷⁹⁵.

de la condena. De este modo, como indican TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, *Curso de Derecho Penitenciario*, p. 193, “un interno podía llegar a obtener en un solo año de cumplimiento efectivo de la pena, un máximo de 250 días gracias a las redenciones extraordinarias, teniendo en cuenta el máximo de 182 días y medio que podía obtener anualmente vía redenciones ordinarias”. En la práctica, la redención de penas se concedía de manera general y automática (en este sentido, la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA, “Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre la normativa penitenciaria vigente”, pp. 324-325, denunció, en 1993, que hasta ese momento “sólo una escasa proporción de población reclusa se hac[ía] acreedora al beneficio redentor ordinario (...), que sin embargo se aplica[ba] a la inmensa mayoría”, por el esfuerzo “de limpiar la celda y hacer la cama”. Y, respecto al extraordinario puso de relieve que se conseguía “por destinos ocupacionales o tareas tales como escuela, talleres y cursillos, h[ubiera] o no algo de extraordinario en ellos”, hasta el punto que cerca del 90% de la población penitenciaria era propuesta para gozar de redenciones extraordinarias). Por tanto, nadie cumplía 30 años bajo la vigencia de aquella normativa.

⁷⁹³ Díez RIPOLLÉS, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, p. 163, quien pone de relieve que éste es el “común denominador a todas las concepciones sobre lo que sea derecho penal simbólico”.

⁷⁹⁴ Díez RIPOLLÉS, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, p. 150.

⁷⁹⁵ El carácter simbólico de la legislación antiterrorista, su ineficacia y la relación con las demandas sociales de castigo siempre han sido puestos de relieve por la doctrina. Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española”, pp. 91 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, p. 87; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, pp. 64, quien hace referencia al “efecto escaparate” de esta clase de Derecho; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 16, 63, y 157, cuando afirma que una de las

Teniendo en cuenta el rechazo que causa este fenómeno y la sensación de inseguridad que crea, con una mayor severidad y relajación de las garantías lo que pretende principalmente el legislador es calmar a la sociedad aunque las leyes aprobadas no tengan efectos preventivos⁷⁹⁶, y, por tanto, generen dudas de legitimidad. Además, se construye, mediante el Derecho Penal, una determinada identidad social que excluye a los “otros”, a los enemigos⁷⁹⁷, del círculo de ciudadanos⁷⁹⁸.

Ciertamente, respecto al fenómeno terrorista confluyen mayores ansias de venganza⁷⁹⁹ y una superior sensibilidad frente al riesgo⁸⁰⁰ en comparación con otras modalidades delictivas, lo que se traduce en un incremento en las actitudes punitivistas⁸⁰¹ de la población que el legislador acoge⁸⁰². En

características de la normativa antiterrorista es “el simbolismo de la entera legislación, aplacadora de las reacciones emotivas de la colectividad”, por lo que su eficacia es tan solo aparente; y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 19 y 36, para quien las normas antiterroristas son más “simbólicas que funcionales, orientadas más a la definición del objeto a combatir y del sujeto que asume tal tarea, que a proporcionar instrumentos técnicos para hacerlo eficazmente”. De este modo, a su juicio, “la huida al Derecho penal mediante preceptos simbólicos tiende a dar satisfacción a reivindicaciones emocionales de diversos sectores de población, pero no a prevenir eficazmente”.

⁷⁹⁶ Como afirma TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 19-20, la ley penal “no puede afrontar la compleja red de factores generadores del terrorismo ni puede abarcar la diversidad de perspectivas desde las que debe ser considerado”.

⁷⁹⁷ En este sentido, NEIER, “Lost Liberties”, pp. 33-34, pone de relieve que el propósito de las medidas excepcionales de los EEUU en materia de terrorismo no es incrementar la seguridad. Por el contrario, pretenden perseguir y señalar a aquéllos que tienen simpatía política (o incluso características demográficas similares) a quienes han causado problemas al país. De este modo, se implanta la máxima “quien no está con nosotros está con los terroristas” (de la misma opinión es CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 8).

⁷⁹⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho Penal’ del enemigo?”, pp. 97, 109 y 121-122.

⁷⁹⁹ Sobre esta cuestión, cfr., en general, DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, p. 12; y LLOBET ANGLÍ, “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas”, pp. 22 ss., respecto a la LO 7/2003. Ahora bien, como indica DAMIÁN MORENO, “¿Un Derecho Procesal de enemigos?”, p. 460, los comprensibles deseos de venganza de la ciudadanía no pueden conllevar la aprobación de leyes que no satisfagan ciertos estándares de racionalidad.

⁸⁰⁰ Como se indicó *supra* 1ª.II.2.B.a, la sensación de seguridad se ve mucho más afectada por el fenómeno terrorista, aunque objetivamente otros delitos provoquen más víctimas. Ello se debe a que su *modus operandi*, esto es, la aleatoriedad, la magnitud del daño y la repetición de los actos violentos inciden en la psiquis de las personas de un modo especialmente intenso, sobre todo en la era de las armas de destrucción masiva y de la comunicación de masas.

⁸⁰¹ Sobre este concepto, véase DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 24, quien pone de relieve que tales actitudes expresan los puntos de vista de los miembros de una sociedad sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran

primer lugar, la sociedad siente que la mayoría de asesinatos terroristas “salen gratis”⁸⁰³ a sus autores, puesto que a partir de un determinado momento quedan en libertad sea cual sea el número de víctimas ejecutadas.

Sensación de impunidad agravada tanto por los medios de comunicación como por la clase política. Los primeros, a través de numerosos titulares y noticias, suelen lamentarse de que condenados a cientos de años de prisión sólo deban cumplir una parte⁸⁰⁴. Los segundos, con afirmaciones como las siguientes: “no se puede dar una segunda oportunidad a los terroristas y España lo lleva haciendo en 25 años de democracia”⁸⁰⁵.

En segundo lugar, como es sabido, nuestras sociedades actuales se caracterizan por una mayor sensibilidad frente al riesgo⁸⁰⁶ que antaño, por

necesarios. Cfr., también, ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”, pp. 471 y 473-474.

⁸⁰² Según el *Informe de la Fiscalía General del Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, p. 7, el aumento a 40 años de pena privativa de libertad “respond[ió] a una reiterada demanda social”. De hecho, el 88,4% de la sociedad respaldaba dicha reforma (cfr. *El País* de 13 de enero de 2003).

⁸⁰³ Por ejemplo, el Ministro de Justicia, Sr. Michavila, en la legislatura 2000-04 justificó la reforma operada por la LO 7/2003 con las siguientes palabras: “Esta es una ley para que los asesinos sepan que ya **no les va a salir gratis** el segundo o el tercer asesinato” (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria nº 232, 6 de marzo de 2003, p. 11.859, negrita añadida). Por su parte, los medios de comunicación también usan esta expresión en ocasiones. Como ejemplo, puede citarse la siguiente noticia aparecida en *El País* de 10 de julio de 2003 (negrita añadida): “La condena (de más de 1500 años), sin embargo, les **sale gratis** a los dos terroristas ya que ambos estaban condenados por otros casos a más de 30 años, el límite máximo de permanencia en prisión establecido en la legislación española en el momento en el que ocurrieron los hechos”.

⁸⁰⁴ Tómense como ejemplo las siguientes noticias (negrita añadida): “‘Pakito’ y ‘Fitipaldi’, condenados a **2354 años** por el atentado contra la casa cuartel de Zaragoza (...) **de los que sólo cumplirán un máximo de 30**” (*El Mundo* de 3 de junio de 2003); “Condenados dos etarras a **351 años** por el atentado contra un autobús militar (...). En cualquier caso, **a pesar de la pena de 351 años para cada uno, ninguno de los dos cumplirá más de 30**” (*El País* de 17 de noviembre de 1999); “Condenados a *un siglo* de cárcel los asesinos del dirigente socialista Fernando Buesa (...). **A pesar de la condena, los etarras no cumplirán más de 30 años de prisión**, que es el máximo previsto en la legislación española” (*El País* de 27 de junio de 2002); “En marzo de 2005, también podría quedar en libertad el que fuera jefe del ‘comando Madrid’ de ETA, Iñaki de Juana Chaos, **condenado a más de dos mil años de cárcel, de los que sólo debe cumplir un máximo de 30**” (28 de enero 2004, Terra/Agencias).

⁸⁰⁵ Palabras del Sr. Michavila publicadas en *El Mundo* de 4 de enero de 2003.

⁸⁰⁶ Cfr. Díez RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, p. 556; FARALDO CABANA, “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo”, pp. 763-764; HERZOG, “Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo,

lo que la seguridad es una pretensión social a la que el Derecho Penal debe dar respuesta⁸⁰⁷. Es decir, en el presente la ciudadanía siente que necesita mayor protección frente a determinados peligros y, en lo que aquí interesa, frente a sujetos peligrosos⁸⁰⁸, lo que conlleva un incremento en las demandas de más Derecho Penal acogidas por el legislador⁸⁰⁹. Puesto que la sociedad “se ve a sí misma como víctima potencial, no está dispuesta a asumir el riesgo de que se repitan determinados crímenes violentos”. Por ello, “demanda la ‘neutralización de la fuente de peligro’ y se opone a que al delincuente se le dé una nueva oportunidad”⁸¹⁰. Dentro de este fenómeno expansivo, el terrorismo, lejos de ser una excepción, es posiblemente el ámbito en el que las peticiones sociales de seguridad son más intensas⁸¹¹. Además, desde los atentados del 11-S, existe un clima de miedo colectivo a escala planetaria⁸¹², dando lugar a lo que BECK denomina “las sociedades del riesgo mundial”⁸¹³.

De nuevo, la doctrina pone de relieve la importancia en la creación o el mantenimiento de la sensación de inseguridad social frente a distintos peligros y sujetos peligrosos, no sólo de los medios de comunicación⁸¹⁴ sino también de la clase política⁸¹⁵, tanto el partido

regulación del riesgo”, pp. 249 ss.; PASTOR MUÑOZ, “El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal?”, p. 4; LA MISMA, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 21-22; PRITTWITZ, “Sociedad de riesgo y Derecho Penal”, pp. 271 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 36.

⁸⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 40, texto y nota 71 con ulteriores referencias de la bibliografía alemana. Véase, también, GARLAND, *La cultura del control*, p. 48.

⁸⁰⁸ Sobre el miedo al delito, como emoción ligada al riesgo de ser objeto uno mismo u otro de un delito, cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, pp. 25-27.

⁸⁰⁹ La propia exposición de motivos de la LO 7/2003, apartado II, establece que “la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, (...), protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar”.

⁸¹⁰ SILVA SÁNCHEZ/FELIP SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, p. 122.

⁸¹¹ Así, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 16, pone de relieve que las normativas antiterroristas “dan satisfacción a la demanda social de seguridad”.

⁸¹² En el mismo sentido, BLANCO CORDERO, “Terrorismo internacional: la amenaza global”, pp. 209 ss.; y PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización”, pp. 95-96.

⁸¹³ BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, pp. 13 ss. Y, para más detalle sobre este fenómeno, véase su obra *La sociedad del riesgo mundial*, pp. 15 ss.

⁸¹⁴ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, pp. 27 ss.; EL MISMO, “La contextualización del bien jurídico protegido”, pp. 24-25; FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”, p. 320, texto y nota 60, y p. 337; GARLAND, *La cultura del control*, pp. 261 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 61; REDONDO ILLESCAS, “La delincuencia y

de gobierno como los de la oposición⁸¹⁶. Como indica BLANCO CORDERO⁸¹⁷, la preocupación social “por el terrorismo ha sido frecuentemente manipulada por los medios de comunicación y por los políticos, que ven en esta tema una oportunidad para avanzar en sus aspiraciones individuales o políticas”, lo que contribuye a generar “un clima de miedo y a aumentar las percepciones públicas de vulnerabilidad”. Así, por un lado, el Derecho Penal se ha convertido en la actualidad en un instrumento de la política partidista, puesto que ésta se ha apoderado de él como mero utensilio para lograr sus fines⁸¹⁸. De aquí que BECK⁸¹⁹ sostenga que “la amenaza terrorista percibida y políticamente instrumentalizada provoca las demandas de seguridad que anulan la libertad y la democracia, es decir, precisamente eso que hace superior a la modernidad”. Y, por el otro lado, la criminalidad y la persecución penal son también “el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación”⁸²⁰.

su control: realidades y fantasías”, pp. 318 y 319-320; RÍOS MARTÍN, “Realidad penitenciaria: la justicia penal vista desde las consecuencias”, pp. 482-483; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 37-38, texto y nota 61; SOTO NAVARRO, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, pp. 29 y 41; y TÉLLEZ AGUILERA, “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, aptdo. I.

⁸¹⁵ Véanse ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”, pp. 478 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, p. 570-571; FARALDO CABANA, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”, p. 337; LANDROVE DÍAZ, “El Derecho penal de la seguridad”, aptdo. I; LÓPEZ PEREGRÍN, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, p. 11; MAQUEDA ABREU, “Crítica a la reforma penal anunciada”, p. 6; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 22; y SOTO NAVARRO, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, pp. 16-17.

⁸¹⁶ SOTO NAVARRO, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, pp. 16-17.

⁸¹⁷ Como pone de relieve BLANCO CORDERO, “Terrorismo internacional: la amenaza global”, p. 211, la preocupación social “por el terrorismo ha sido frecuentemente manipulada por los medios de comunicación y por los políticos, que ven en esta tema una oportunidad para avanzar en sus aspiraciones individuales o políticas”, lo que contribuye a generar “un clima de miedo y a aumentar las percepciones públicas de vulnerabilidad”.

⁸¹⁸ En este sentido, VORMBAUM, “Politisches’ Strafrecht”, p. 734. También ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”, p. 472, pone de relieve el carácter de arma política que en la actualidad posee el Derecho Penal. Y, es que, como indica DAMIÁN MORENO, “¿Un Derecho Procesal de enemigos?”, p. 459, los partidos se dan cuenta “de lo rentable que resulta políticamente la firmeza frente a los delitos que generan mayor irritación en la opinión pública”.

⁸¹⁹ BECK, “El mundo después del 11-S”, p. 25.

⁸²⁰ ALBRECHT, “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”, p. 480.

En consecuencia, con este panorama, queda plasmado que las legislaciones antiterroristas no persiguen luchar eficazmente contra la delincuencia sino parecerlo⁸²¹, aunque, de este modo, el sistema penal corra el riesgo de perder toda credibilidad⁸²². Además, se pone en evidencia que la descripción del Derecho Penal del enemigo como aquel sector del ordenamiento dirigido a inocuizar fuentes de peligros ha quedado obsoleta. En la actualidad, el Derecho Penal del enemigo se caracteriza también –y, a mi juicio, sobre todo– en que, como ya ha apuntado CANCIO MELIÁ⁸²³, la relevancia de su incriminación reside básicamente en su contenido simbólico.

Por tanto, en la evolución del Derecho Penal del enemigo pueden diferenciarse dos “cepas”: una “cepa originaria”, cuya función principal se dirige a la inocuización de sujetos considerados peligrosos para evitar la comisión fáctica de delitos mediante el encarcelamiento; y, una “cepa derivada” orientada a producir, ante todo, efectos tranquilizadores sobre la sociedad⁸²⁴, aunque la eficacia preventivo-fáctica de las medidas previstas a tal fin sea nula. Es más, en esta segunda “cepa”, también se observa que, como de nuevo indica CANCIO MELIÁ⁸²⁵, las características tradicionales del Derecho Penal del enemigo son los instrumentos para identificar, mediante la exclusión, a una categoría de sujetos como enemigos y, de este modo, orientar la regulación antiterrorista hacia un

⁸²¹ Como pone de relieve HERZOG, “Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo”, p. 256, las manifestaciones del Derecho Penal del riesgo pueden ser caracterizadas, entre otras, con la frase programática “utilización simbólica de las leyes penales”.

⁸²² Como indica HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, p. 95, puesto que la legislación penal antiterrorista subordina la eficacia instrumental a la función simbólica, no podrá cumplir con su tarea pues habrá perdido toda credibilidad. Sobre esta cuestión, véase, también, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, pp. 306-307, quien opina que a medio o largo plazo, la legislación simbólica redundará “en una pérdida de fiabilidad del Ordenamiento en su conjunto, bloqueando las funciones instrumentales del mismo”.

⁸²³ CANCIO MELIÁ, “Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo”, p.21; EL MISMO, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, pp. 111-112, texto y notas 40 y 41.

⁸²⁴ Como pone de relieve CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho Penal’ del enemigo?”, p. 93, las líneas de evolución simbólica y punitivista “constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo”.

⁸²⁵ CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 22, considera que la anticipación de las barreras de punición, la desproporción de las consecuencias jurídicas y la eliminación de las garantías procesales son los instrumentos para alcanzar el fin contenido en la cuarta característica por él propuesta: “la función de identificación (mediante exclusión) de una categoría de sujetos como enemigos y la correspondiente orientación al Derecho penal de autor de la regulación”.

Derecho penal de autor⁸²⁶. En este sentido, la nomenclatura enemigo no sólo reconoce a los “otros”, sino que también resulta funcional para recrear temores colectivos⁸²⁷ que favorecen la cohesión de amplias mayorías que están dispuestas a luchar contra aquéllos⁸²⁸ sea como sea. En definitiva, por tanto, Derecho Penal del enemigo, Derecho Penal simbólico y Derecho Penal de autor son conceptos inseparables⁸²⁹ en la actual regulación en materia terrorista.

V. ¿NECESIDAD Y EFICACIA COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD?

Hasta aquí, por tanto, se ha puesto de relieve, en primer lugar, que determinadas medidas excepcionales en materia antiterrorista tienen un fundamento legítimo, por lo que no pertenecen al Derecho Penal del enemigo; y, en segundo lugar, que otras no son necesarias sino meramente simbólicas, esto es, que sólo se dirigen a producir efectos apaciguadores sobre las ansias sociales de pena⁸³⁰.

De este modo, a partir de la afirmación realizada por JAKOBS –con la que se ha iniciado el epígrafe anterior–, según la cual el Derecho Penal del enemigo sólo es legítimo si se limita a lo estrictamente necesario, esto es, a la neutralización fáctica de peligros excepcionales, debe concluirse, de entrada, que las medidas meramente simbólicas citadas en el apartado anterior son ilegítimas. Puesto que se trata de disposiciones que vulneran garantías y límites del *Ius puniendi* característico del Derecho Penal liberal, pero no son eficaces para luchar contra los efectos materiales del terrorismo, tendrían que expulsarse del ordenamiento jurídico penal⁸³¹.

⁸²⁶ Véase, también, APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo*, pp. 15-16; y DEMETRIO CRESPO, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Darf nicht sein!”, pp. 136 ss.

⁸²⁷ ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 243.

⁸²⁸ Véase ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 243; GARLAND, *La cultura del control*, pp. 228 ss. y 288 ss.; y HALLSWORTH, “Rethinking the punitive turn”, p. 145 ss.

⁸²⁹ Cfr., también, DEMETRIO CRESPO, “Del ‘Derecho penal liberal’ al ‘Derecho penal del enemigo’”, pp. 90-91.

⁸³⁰ Pena entendida en cuanto mecanismo tanto de castigo del delincuente, como de protección de la sociedad.

⁸³¹ Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, “Delito y daño: una puntualización”, pp. 1-2, en los casos en los que un delito “produce un daño material e inmaterial a la víctima, o incluso sólo inmaterial, puede advertirse además un daño social (...): la inseguridad, la desorientación en cuanto a cómo organizar la vida futura, el condicionamiento de los planes de vida de las víctimas potenciales o, en general, del conjunto de los ciudadanos”.

Ahora bien, así las cosas, queda una última cuestión por resolver: ¿es posible defender que si una disposición es eficaz para luchar contra el terrorismo, a saber, es necesaria, es por ello legítima, aunque vulnere los principios y garantías clásicos del Derecho Penal? En la actualidad, existen tres medidas (cognitivas) que, sobre la base de su utilidad a la hora de prevenir delitos, todos o algunos de los Estados liberales están usando en la lucha contra el terrorismo, las cuales son muy discutibles y discutidas desde los parámetros del garantismo penal.

En primer lugar, la pena como inocuización de sujetos peligrosos. Como ya se ha indicado, una de las características de la legislación en materia antiterrorista es la elevada pena de las conductas que se realizan en su ámbito, parte de las cuales no está justificada en atención al injusto del hecho cometido. Por el contrario, el plus de sanción se basa en el pronóstico de peligrosidad futura del delincuente, de modo que se denomina pena a lo que en realidad cumple funciones de una medida de seguridad.

En segundo lugar, la flexibilización de garantías procesales y, en concreto, la detención de larga duración sin imputación formal. Puesto que las medidas con más posibilidades de combatir con eficacia el terrorismo se vinculan al plano de la investigación procesal⁸³², “allí donde con mayor rigor se expresa en la práctica el eficientismo penal, es justamente en el

Así, desde esta perspectiva, el miedo a que se produzcan delitos, en tanto en cuanto representa un “daño psicológico-social”, puede configurarse como un objeto autónomo de tutela penal, que es posible salvaguardar mediante la promulgación de normas meramente simbólicas: si a través de la simple existencia formal de una ley o un precepto los ciudadanos se sienten más seguros, su previsión sirve para proteger dicha seguridad general. Ahora bien, en mi opinión, dado que la sensación de inseguridad colectiva, de miedo al delito, es una cuestión que no responde a parámetros racionales, y que, como acaba de indicarse en el texto del apartado anterior, es generada por los propios dirigentes y los medios de comunicación (es muy ilustrativo el trabajo de DÍEZ RIPOLLÉS, “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”, pp. 7-8, que muestra que aunque la tasa de delincuencia en los primeros años del siglo XXI ha permanecido estable, la preocupación mediática y el miedo por el delito se han incrementado notablemente), resulta muy peligroso legitimar su protección jurídico-penal y, por ende, las normas –simbólicas– dirigidas a tutelarlos. En este escenario, el Estado podría acabar protegiendo penalmente cualquier miedo social creado o potenciado por él mismo.

⁸³² MELCHIONDA, “La legislación italiana en materia de terrorismo”, p. 213. En cambio, el papel de la legislación penal material tiene una importancia menor.

ámbito procesal”⁸³³. De aquí que, hoy en día, sea el Derecho Procesal el sector en el que existen más normas de Derecho Penal del enemigo⁸³⁴.

Y, por último, la tortura. Ciertamente, hay que poner de relieve que no existe acuerdo sobre la utilidad de dicha práctica, en tanto que mecanismo para reunir pruebas en la lucha contra el terrorismo⁸³⁵. Los gobiernos de los países que la practican aseguran que obtienen información esencial para combatir este fenómeno –pese a que, obviamente, se refieren a las tácticas usadas para conseguirla como métodos de interrogación-.

Así, por ejemplo, después de saltar a la luz pública a principios de octubre de 2007 que el Gobierno de los EEUU había autorizado de forma secreta torturas legalmente prohibidas, el Presidente Bush defendió el uso de las prisiones secretas de la CIA, puesto que los interrogatorios allí practicados son la mejor forma de defender a la población. Sin embargo, negó rotundamente que su Administración torturase a la gente⁸³⁶.

Sin embargo, PEARLSTEIN⁸³⁷ pone de relieve que, en el concreto caso de Guantánamo, el valor que se atribuye a las prácticas de coerción es contradictorio. De este modo, mientras algunos informes insisten en que tales métodos han producido averiguaciones muy valiosas, otros aseguran que lo descubierto es de muy poca o ninguna utilidad.

En este último sentido, RAMSAY⁸³⁸ indica que un memorando escrito en 2005 por oficiales del FBI en Guantánamo concluyó que la fuerza extrema no aporta ninguna información extra a la pudiera conseguirse usando simples técnicas de interrogación. Del mismo modo, la más reciente versión del Manual de campo de la Inteligencia Armada de los EEUU establece que, con base en la experiencia, el uso de tortura no es necesario para obtener la cooperación de las fuentes interrogadas. De hecho, oficiales en la lucha antiterrorista se han quejado de que los maltratos de los

⁸³³ APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo*, p. 13.

⁸³⁴ En este sentido, DAMIÁN MORENO, “¿Un Derecho Procesal de enemigos?”, p. 465; PÉREZ DEL VALLE, “Derecho Penal del enemigo ¿Escarneo o prevención de peligros”, p. 550; PERRON, “La legislación antiterrorista en el Derecho Penal material alemán”, p. 249; y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 869.

⁸³⁵ Más en general, sobre la ineficacia de la tortura para obligar al acusado a confesar sus delitos o para descubrir a otros intervinientes, véase BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, pp. 80 ss.

⁸³⁶ Véase *The New York Times* de 5 de octubre de 2007.

⁸³⁷ PEARLSTEIN, “Reconciling Torture With Democracy”, p. 4,

⁸³⁸ RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 114-115.

detenidos en Guantánamo y en otros lugares por los EEUU han entorpecido la obtención de pruebas por parte de informantes que de otro modo podrían haber facilitado datos⁸³⁹.

Ahora bien, como apunta IGNATIEFF⁸⁴⁰, “si la tortura y la coerción son tan inútiles como pretenden sus críticos, ¿por qué se utiliza con tanta frecuencia?”.

1. La pena como inocuización de sujetos peligrosos

Hoy en día, la confianza en la capacidad resocializadora y preventiva del Derecho penal está en crisis. Por un lado, existe un desencanto, fundado o no, respecto a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente⁸⁴¹ (crisis de la prevención especial positiva). Por el otro, se tiene poca esperanza tanto en la capacidad intimidatoria del Derecho Penal (crisis de la prevención general negativa), como en su capacidad para reafirmar a los ciudadanos en los valores del ordenamiento jurídico (crisis de la prevención general positiva)⁸⁴². En contrapartida, se ve a la pena como medida de inocuización de los delincuentes⁸⁴³, puesto que, al ser tales sujetos considerados “incurables”⁸⁴⁴ deben retenerse en prisión el máximo tiempo posible. Así, este fenómeno, que SILVA SÁNCHEZ⁸⁴⁵ ha denominado “retorno de la inocuización”, comporta que la dimensión cognitiva de la pena, esto es, el aseguramiento o la prevención de hechos futuros mediante la neutralización del delincuente, acapare todo el protagonismo, y que, por tanto, el Derecho Penal de la pena y el Derecho Penal de las medidas de seguridad se aproximen⁸⁴⁶.

⁸³⁹ En este sentido, muchos son los autores que consideran que la tortura no es eficaz (cfr. HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, pp. 120-123 y 129 ss., con ulteriores referencias; LEVINSON, “‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, pp. 2.028 ss.; y PFAFF, “The Truth about Torture”).

⁸⁴⁰ IGNATIEFF, “Si la tortura funciona”, p. 6.

⁸⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 145.

⁸⁴² Cfr. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 25. Véase, también, SILVA SÁNCHEZ/FELIP SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, pp. 121-122.

⁸⁴³ Si bien, en el extremo opuesto, se sitúan las propuestas puramente abolicionistas o reduccionistas del sistema penal (cfr. DEMETRIO CRESPO, “Del ‘Derecho penal liberal’ al ‘Derecho penal del enemigo’”, pp. 88 y 92 ss.).

⁸⁴⁴ VON LISTZ, *La idea de fin en Derecho Penal*, pp. 115 ss.

⁸⁴⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 142 ss.; EL MISMO, “El retorno de la inocuización”, pp. 699 ss.

⁸⁴⁶ PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 25.

En el ámbito del terrorismo, esta tendencia cobra especial intensidad, puesto que, según afirma la doctrina penalista, sus autores son delincuentes por convicción⁸⁴⁷ e incorregibles a los que no es posible intimidar⁸⁴⁸ ni resocializar⁸⁴⁹. Así, la dureza y severidad de las penas previstas para estos delitos están dirigidas, esencialmente, a inocular a sus autores⁸⁵⁰ y evitar, *de facto*, la comisión de futuros delitos a través de una medida de aseguramiento.

Ciertamente, ya se ha dicho que los delitos de terrorismo poseen mayor contenido de injusto por lo que es legítimo castigarlos de un modo más severo⁸⁵¹. Ahora bien, la mayor gravedad de la sanción pertenece al Derecho Penal de ciudadanos sólo en la medida que sea proporcional al injusto común sumado al injusto terrorista. En cambio, forma parte del arsenal punitivo del Derecho Penal del enemigo la pena como inocuización de sujetos peligrosos⁸⁵², esto es, aquella porción del castigo basada en el pronóstico futuro de peligrosidad del autor de un hecho.

Así, pues, en este ámbito se sitúan las altas sanciones previstas para la pertenencia y la colaboración y las agravaciones desproporcionadas de delitos comunes poco importantes⁸⁵³. La lógica es la siguiente: si un sujeto se integra en una organización terrorista, colabora con ésta o realiza delitos-medio en su seno hay que neutralizarlo ya en este momento, puesto que después podría pasar a ejecutar los delitos-fin. De

⁸⁴⁷ Sobre esta categoría, véase BAUCCELLS I LLADÓS, Joan, *La delincuencia por convicción, passim*.

⁸⁴⁸ Así, DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, pp. 35-36; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, p. 79; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “¿Qué les corten la cabeza?”, p. 37; LÓPEZ PEREGRÍN, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, p. 13; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 158; y QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho Penal*, pp. 99-100.

⁸⁴⁹ En este sentido, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 87, considera que es indudable la inutilidad de la finalidad resocializadora de las penas en delincuentes altamente ideologizados como los terroristas. En el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, “El cumplimiento íntegro de las penas”, pp. 196 y 199.

⁸⁵⁰ Como afirma PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 29, la dureza de las penas en el ámbito del terrorismo “se podría explicar con el argumento de que los autores de estos delitos no ofrecen los mínimos de seguridad cognitiva para que se pueda confiar en que respetarán el Derecho”.

⁸⁵¹ Véase *supra* 1ª.III.1.

⁸⁵² En el mismo sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 865.

⁸⁵³ Por el contrario, como ya he indicado (*supra* 2ª.IV.I.H), la agravación desproporcionada de los delitos-fin –sobre todo del asesinato terrorista– responde, básicamente, a la finalidad de retribución.

este modo, la peligrosidad se convierte en el fundamento de una parte de las penas previstas en el ámbito del terrorismo.

No obstante, como es sabido, la peligrosidad no es el fundamento de las penas sino de las medidas de seguridad. Por tanto, no puede legitimarse una pena cuya duración sea superior al injusto del hecho cometido con base en el diagnóstico criminal de un sujeto. Está claro que la pena de prisión también cumple una función de aseguramiento, de custodia (así lo proclama el art. 1 LOGP), pero ésta es proporcional al injusto del hecho realizado, sin que el control pueda llegar más lejos; no al menos bajo la apariencia de una pena⁸⁵⁴. En conclusión, pues, no es legítima –desde la óptica del Derecho Penal liberal- la porción de las sanciones privativas de libertad que se basan en el pronóstico *a priori* de peligrosidad futura, puesto que el incremento penológico que se le imputa al individuo condenado se extiende más allá de lo prescrito por el principio de culpabilidad⁸⁵⁵.

2. La detención indefinida o de larga duración sin imputación formal

Como se ha indicado⁸⁵⁶, una de las características de la legislación española en materia antiterrorista es la flexibilización de garantías procesales (art. 55 CE), y, en concreto, la posibilidad de detener a una persona sin la existencia de imputación formal contra ella por un plazo superior al previsto para la delincuencia común. Sin embargo, en la

⁸⁵⁴ Cfr. JAKOBS, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, p. 44. Cuestión distinta es que se prevean medidas de seguridad posdelictuales en materia de terrorismo, en los supuestos de terroristas con riesgo de reincidencia. Así, se evitaría el “fraude de etiquetas”. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 146, pone de relieve que en algunos países de nuestro entorno jurídico (Alemania y Francia) y en países del *Common Law* (EUA y Reino Unido) existen, en el ámbito de los delitos sexuales violentos, medidas de seguridad (privativas de libertad o consistentes en libertad vigilada), “que se imponen una vez cumplida la pena ajustada a la culpabilidad del sujeto y que pueden llegar a durar toda la vida del condenado”. Más recientemente, véase el trabajo de ROBLES PLANAS, “*Sexual Predators*”, pp. 1 ss., sobre esta cuestión. De hecho, a mediados de septiembre de 2008, el Gobierno de España anunció una amplia reforma del Código Penal, cuyo Proyecto de Ley estaría terminado en otoño de este mismo año, que prevé hasta 20 años de libertad vigilada para terroristas con un informe penitenciario negativo después del cumplimiento de su condena –así como para determinados delincuentes sexuales- (cfr. *El País* de 10 y 11 de septiembre de 2008).

⁸⁵⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 146, nota 349.

⁸⁵⁶ *Supra* 2^a.II.1.A.

actualidad, y como también se ha puesto de relieve⁸⁵⁷, es en los EEUU donde más crudamente se ha intensificado esta medida, puesto que en dicho país la detención policial o gubernamental puede llegar a ser indefinida.

Así, pues, tales medidas se presentan eficaces desde dos perspectivas: por un lado, un periodo de detención superior al normal implica que la policía tenga más tiempo y recursos para investigar presuntos hechos delictivos y a sus autores; y, por el otro –especialmente en los ordenamientos donde tal previsión es indefinida-, la detención preventiva se convierte en una medida de seguridad predelictual, puesto que cualquier persona de la que se tengan sospechas de que puede constituir un peligro para la seguridad nacional queda neutralizada⁸⁵⁸.

Ciertamente, la configuración del terrorismo como una modalidad de delincuencia organizada conlleva que la investigación de su actividad sea más complicada debido a la jerarquización de su estructura y a la división de tareas. Además, también es más difícil conseguir el cese de la criminalidad, puesto que aunque se descubra y detenga a algunos de sus miembros, la asociación ilícita sigue operando.

Por tanto, desde esta perspectiva el esclarecimiento de los delitos cometidos en su seno puede comportar la elaboración de un catálogo de medidas adaptadas a esa realidad, diferentes a las que se emplean en la lucha contra la delincuencia no organizada. Así, la investigación policial puede requerir algo más de tiempo para detectar si existen hechos constitutivos de delito o no y para acusar a sujetos concretos, debido a la compleja estructura organizativa⁸⁵⁹ que presentan las asociaciones ilícitas⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ *Supra* 1^a.IV.2.

⁸⁵⁸ Véase *supra* 1^a.IV.2.

⁸⁵⁹ Como apunta GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 20, las actividades delictivas organizadas “son impensables sin la utilización de sólidas redes logísticas y sin el establecimiento de eficientes estructuras”, lo que conlleva que en un contexto de globalización como el actual, algunas asociaciones ilícitas “escapen al control político y jurídico” de los Estados y que su persecución y castigo “adolezca de un déficit crónico” (cfr., sobre esta cuestión, ALBRECHT, “Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa”, p. 263). Por tanto, a juicio de MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 142, “la finalidad de prolongar de esta manera el plazo de la detención gubernativa no es otra sino la de garantizar el máximo de éxito en la extensión de la investigación y de la acción policial, siendo éste un objetivo lícito y adecuado en la lucha contra la delincuencia terrorista” (a la que debería añadirse la criminalidad organizada grave; véase a continuación en el texto de este apartado). También en este sentido, REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, pp. 196-197, considera que la

Sin embargo, de esta observación se desprenden dos cuestiones. Por un lado, tales excepciones han de ser legítimas para investigar las actividades delictivas de cualquier asociación ilícita: blanqueo de capitales, tráfico de seres humanos, de trabajadores, de drogas, de órganos, de armas, explotación sexual, pornografía infantil, etc. En este sentido, pues, no está justificado que el art. 55.2 CE prevea un régimen excepcional sólo para los casos de terrorismo. Así, si bien es cierto que en el momento de redactarse dicho precepto sólo el fenómeno terrorista constituía una modalidad de delincuencia organizada con incidencia real en la sociedad española, la criminalidad ha sufrido una evolución tal en estos 30 años que debería realizarse una modificación de dicho artículo. De este modo, a mi juicio, es coherente y legítimo equiparar las medidas procesales excepcionales dirigidas a luchar contra el crimen organizado, sea cual sea la modalidad concreta de éste.

Ahora bien, por el otro lado, dichas consideraciones no pueden llevar a la detención muy prolongada o indefinida de sospechosos de actividades terroristas⁸⁶¹ (o de cualquier otra actividad organizada). Téngase en cuenta que entre las condiciones legales que hacen más probable la violación grave de los derechos humanos por parte de las agencias estatales de seguridad, se encuentra “la posibilidad de prolongar durante días el periodo previsto para la detención de sospechosos sin acceso a asistencia letrada ni imputación de cargos específicos”⁸⁶². En definitiva, pues, las

ampliación del plazo de setenta y dos horas sólo está justificado cuando existen circunstancias excepcionales que impidan llevar a cabo dentro del plazo ordinario las tareas de averiguación e investigación policial.

⁸⁶⁰ Del mismo modo que en el Derecho Penal sustantivo los criterios de imputación clásicos se han tenido que adaptar a la delincuencia organizada con tal de poder imputar responsabilidad a determinados sujetos, el Derecho Penal procesal también necesita normas específicas que sean eficaces para investigar las actividades delictivas de las asociaciones ilícitas y detener a los presuntos responsables. Es de otra opinión, GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, p. 47, para quien carece de sentido prolongar más de un día la privación gubernativa de libertad.

⁸⁶¹ Por ejemplo, ello no puede llevar a una ley como la inglesa *Prevention of Terrorism Act* de 1974. Como indica REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 153, texto y nota 29, “según datos hechos públicos por el Home Office británico, entre 1974 y 1990 fueron detenidas, de acuerdo con la [citada] Ley de Prevención del Terrorismo y en relación al conflicto norirlandés, casi siete mil personas. Sin embargo, el 86% de ellas fueron puestas en libertad sin cargos y sólo el 3% fue acusado de delitos contemplados en dicha ley. El resto recibieron órdenes de exclusión o resultaron procesados por otras infracciones”.

⁸⁶² Así, REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, pp. 152 ss., quien pone de relieve algunos ejemplos: en España, la muerte de un presunto miembro de ETA, en febrero de 1981, a consecuencia de los malos tratos recibidos durante los nueve días que permaneció en dependencias policiales, precisamente cuando la legislación antiterrorista española permitía ampliar el plazo de detención hasta diez días. O, respecto al sistema británico,

excepciones también tienen que respetar el marco constitucional para poder ser consideradas legítimas, pero **no existe un único modelo procesal garantista**⁸⁶³.

Dicho lo anterior, no puede sino concluirse que la legislación antiterrorista española en este punto encaja perfectamente en el marco de un Estado democrático de Derecho⁸⁶⁴. Pese a que la detención policial puede alargarse 48 horas más⁸⁶⁵ respecto a la común y alcanzar los cinco días⁸⁶⁶, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido que, en supuestos excepcionales, tal plazo no es incompatible con el art. 5.3 CEDH, que requiere la conducción del detenido a presencia judicial en el plazo más breve posible⁸⁶⁷.

Además, la Ley de Enjuiciamiento Criminal es muy garantista en esta situación excepcional. Por un lado, el art. 520 *bis*.1 requiere que tal prórroga se solicite mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención y sea autorizada por el juez en las veinticuatro horas siguientes en resolución también motivada. Así, es necesario fundamentar racionalmente la existencia de las circunstancias excepcionales que legitimen la adopción de tal medida⁸⁶⁸. En este sentido, la detención prolongada, al igual que la suspensión de los otros derechos fundamentales previstos en el art. 55.2 CE, no puede

hace referencia a importantes errores en su sistema judicial propiciados por los oficiales de policía encargados de la investigación de los delitos que, entre otras irregularidades, obtuvieron confesiones mediante engaños y coacciones. Véase, también, GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, pp. 46-47.

⁸⁶³ En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 864, pone de relieve que en los supuestos de crimen organizado están justificados “unos medios de investigación procesal más invasivos, aunque no desde luego, sin límites”

⁸⁶⁴ De otra opinión, GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, pp. 46-48; y PORTILLA CONTRERAS, “El Derecho penal y procesal del ‘enemigo’”, p. 708, nota 67.

⁸⁶⁵ Durante las cuales el detenido puede estar en régimen de incomunicación. Véase *supra* 2ª.II.1.C.

⁸⁶⁶ CATALINA BENAVENTE, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo”, p. 178, también considera que el plazo de cinco días no es excesivamente largo ni “contrario a los principios que han de regir en un Estado de Derecho” (aunque opina que la regulación es insuficiente y que “quizá sería más conveniente que el legislador optara por reducir el tiempo de detención policial y ampliara el tiempo de la detención judicial”).

⁸⁶⁷ Cfr. VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, pp. 97-98, quien, además, pone de relieve que dicho plazo no vulnera ni la Constitución española ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁸⁶⁸ Así, REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, p. 195; y VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, p. 71.

acordarse automáticamente⁸⁶⁹. Por el otro lado, el apartado 3 establece que durante la detención el juez podrá en todo momento requerir información y conocer la situación del detenido⁸⁷⁰.

Y, lo mismo ocurre respecto a las excepciones reguladas en materia de allanamiento y registro domiciliario y observación postal, telegráfica o telefónica⁸⁷¹.

Muy lejos de esta regulación, el problema se sitúa en aquellos ordenamientos jurídicos que permiten que la detención de un sujeto pueda alargarse por mucho tiempo⁸⁷², e, incluso, indefinidamente, sin necesidad de comunicárselo al juez ni de que exista acusación delictiva por parte de éste. El Reino Unido⁸⁷³ y, especialmente, los EEUU⁸⁷⁴, son

⁸⁶⁹ CATALINA BENAVENTE, “Los supuestos de detención en los casos de terrorismo”, p. 174. A su juicio, “esto lo dice claramente el propio art. 55.2 CE al señalar que estos derechos ‘pueden ser suspendidos’, ya que en otro caso hubiera utilizado los términos ‘serán suspendidos’”.

⁸⁷⁰ Como pone de relieve SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 871, lo que es inadmisibles es que la detención preventiva pueda mantenerse en el tiempo sin el aval del juez.

⁸⁷¹ Por un lado, el art. 553.II LECrim establece que del registro policial efectuado en supuestos relacionados con la investigación de hechos terroristas “se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo”; por el otro, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, “podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”. De este modo, la normativa mencionada no es ejemplificativa del Derecho Procesal del enemigo. Como apunta SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 871, es admisible que, en casos excepcionales, por razones de urgencia, algunas medidas de investigación que supongan una intromisión en el ámbito de la intimidad, “puedan ser adoptadas por la autoridad policial siempre que se requiera su confirmación judicial en breve plazo”.

⁸⁷² Aunque, GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, p. 47, pone de relieve que, al menos hasta 1999, España era el país europeo que preveía el mayor tiempo de detención gubernativa, en el Reino Unido tal plazo llegó a ser de siete días (cfr. DE QUEROL Y LOMBARDEO, “Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo”, p. 445, quien, en 1990, indicó que comparativamente, no era “la legislación española la que merec[ía] peores críticas”; y VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, pp. 91-92).

⁸⁷³ La previsión de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act* (ATCSA) 2001 inglesa (*Part IV*), permitía la detención e ingreso en prisión por tiempo indefinido ordenada por el Poder Ejecutivo de extranjeros respecto de quienes no se hubiese podido probar su participación en actividades terroristas, pero fueran consideradas un peligro para la seguridad nacional. Así, durante su período de vigencia, al menos diecisiete hombres fueron detenidos, y, a finales de 2004, once personas se encontraban en prisiones de alta

los principales exponentes de esta clase de normativa. Sin duda, en estos supuestos, derechos fundamentales tan preciados como la presunción de inocencia, la libertad y la dignidad humana no son respetados, por lo que tales medidas son ilegítimas a la luz de un Derecho Penal garantista.

3. Excurso: la cuestión de la tortura

En los apartados anteriores, pues, se ha hecho referencia a dos clases de medidas que tanto el ordenamiento español como otros de nuestro entorno jurídico utilizan –o han utilizado– para combatir el terrorismo. Como se ha indicado, se trata de previsiones que algunos autores consideran lícitas debido a su pretendida eficacia, pese a vulnerar ciertos derechos, principios y garantías característicos de un Derecho Penal liberal.

seguridad por tiempo indefinido y sin cargos ni juicio (cfr. el Informe anual de la organización *Human Rights Watch* de 2005, <http://hrw.org/spanish/docs/2005/01/13/eu9973.htm>; última fecha de visita el 13 de octubre de 2008). Posteriormente, aunque el 16 de diciembre de 2004 la Cámara de los Lores declaró la incompatibilidad de esta disposición con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (HOUSE OF LORDS, SESSION 2004-05 [2004] UKHL 56 *on appeal from*: [2002] EWCA Civ 1502. Puede consultarse en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>; última fecha de visita el 13 de octubre de 2008), la *Prevention of Terrorism Act* de 11 de marzo de 2005 la ha sustituido por la posibilidad de dictar *control orders*, que suponen una restricción de movimientos similar a un arresto domiciliario, y que pueden aplicarse a cualquier persona con independencia de su nacionalidad (cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 872; el Informe anual de la organización *Human Rights Watch* de 2006, <http://hrw.org/english/docs/2006/01/18/eu12240.htm>, última fecha de visita el 13 de octubre de 2008; y Lord Phillips of Worth Matravers, Lord Chief Justice of England and Wales, “Impact of Terrorism on the Rule of Law”, American Bar Association Conference, Grosvenor House, London, Wednesday 3 October 2007, documento que pone de relieve la evolución habida en la normativa del Reino Unido desde 2001, para luchar contra el terrorismo). Además, el Reino Unido es el país de la UE que prevé el período de detención sin imputación formal más longevo, 28 días. No obstante, el 13 de octubre de 2008, el Gobierno británico renunció a introducir en el proyecto de Ley antiterrorista que está en trámite en el Parlamento, la detención sin cargos de los sospechosos de terrorismo durante un máximo de 42 días, después de que tal propuesta fuera ampliamente rechazada por la Cámara de los Lores (cfr. *El País* de 14 de octubre de 2008).

⁸⁷⁴ Cfr., por ejemplo, la *Immigration and Nationality Act*, después de su reforma por la *Patriot Act* de 26 de octubre de 2001 (Sec. 263 A), que permite la detención indefinida por parte del Fiscal General de cualquier extranjero del que se tenga sospechas de que realiza actividades que pueden poner en peligro la seguridad nacional (véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 872).

Ahora bien, existe una tercera medida cuyo uso también se ha legitimado, en el pasado y en el presente, para luchar contra este fenómeno, a saber, la tortura. Ciertamente, tal práctica no constituye un problema real en el panorama actual español. Sin embargo, por un lado, es sabido que se ha usado por los gobiernos que más duramente han sufrido el lastre del terrorismo en las últimas décadas; y, por el otro, la cuestión de la tortura ha reaparecido a raíz de los atentados del 11-S en países en los que la controversia parecía zanjada⁸⁷⁵. En concreto, su debate es especialmente intenso en los EEUU⁸⁷⁶, donde la Administración Bush, preocupada sobre la licitud de usar técnicas de interrogación severa prohibidas por el Derecho Internacional, ha comprendido la necesidad de establecer argumentos legales viables para legitimar tal manera de proceder. Así, desde 2001, oficiales del Gobierno han redactado distintos documentos justificando prácticas de interrogación coercitiva y tortura, compuestos por memorandos e informes y conocidos como “*the Torture Memos*”⁸⁷⁷. Además, ha saltado a la luz pública el uso de torturas y de tratos inhumanos y degradantes en la prisión irakí de *Abu Ghraib* y en la base militar de Guantánamo⁸⁷⁸.

Ahora bien, cabe indicar que también en Alemania la doctrina se ha ocupado recientemente de la cuestión de la tortura a raíz del “caso

⁸⁷⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 269, pone de relieve que la justificación legal de la tortura está, tristemente, de moda, en países en los que creíamos que la discusión estaba ya cerrada hace tiempo. Y, es que, como indica DORFMAN, “The Tyranny of Terror”, p. 5, dicha práctica está siendo contemplada como inevitable e, incluso, beneficiosa en países que se autodenominan democráticos y respetuosos con los derechos de sus ciudadanos.

⁸⁷⁶ Como pone de relieve DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 157, “antes del 11 de septiembre nadie pensaba que el tema de la tortura resurgiría como tema de debate serio en los EEUU”. En el mismo sentido, ELSHTAIN, “Reflections on the Problem of ‘Dirty Hands’”, p. 77; y KREIMER, “Too Close to the Rack and the Screw”, p. 278. Así, aunque prácticas que pueden definirse como tortura fueron usadas en los EEUU desde el fin de la guerra civil hasta mediados de los años por detectives de la policía (véase SKOLNICK, “American Interrogation”, pp. 105 ss.), los atentados del 11-S han conducido a reconsiderar medidas extremas para proteger a la nación, entre las que se incluye el uso de la tortura para obtener información de “sospechosos terroristas” (cfr. POSNER, “Torture, Terrorism and Interrogation”, p. 291). De este modo, dicha cuestión es una de las principales preocupaciones en este país desde los ataques al *World Trade Center* y al Pentágono.

⁸⁷⁷ Publicados en GREENBERG/DRATEL (eds.), *The Torture Papers*.

⁸⁷⁸ RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 104 ss., pone de relieve las evidencias documentales que demuestran como después del 11-S formas de tortura y otros maltratos se convirtieron en una práctica en el seno de la política americana.

Metzler-Güfgen-Daschner”, sucedido en el año 2002⁸⁷⁹. En este supuesto, el director adjunto de la policía de Frankfurt am Main ordenó a un subordinado que, durante un interrogatorio, amenazase a un detenido, que había secuestrado a un niño de once años, con aplicarle violencia física si no revelaba el lugar donde éste se encontraba oculto. Así, en diciembre de 2004 un tribunal de dicha ciudad alemana condenó a ambos agentes por amenazar con torturar a un detenido en el curso de un interrogatorio policial⁸⁸⁰.

De este modo, aunque el recurso a la tortura no se encuentra entre las prácticas que en España se utilizan para combatir el terrorismo, su aparición en la lucha contra este fenómeno a escala mundial, liderada por los EEUU, justifica, en mi opinión, que sea tratada en el presente trabajo, y, en concreto, dentro de las medidas consideradas eficaces a fin de erradicarlo. Así, las siguientes páginas se centran en el ayer y en el hoy de esta práctica, y en lo que a mi juicio debería ocurrir en el futuro, esto es, erradicarla definitivamente de los Estados democráticos de Derecho, como medida preventiva para luchar contra el terrorismo.

A) Pasado

En 1978, Aldo Moro, antiguo Primer Ministro de Italia, fue secuestrado por un grupo terrorista que amenazó con matarlo. Uno de los presuntos autores fue detenido y se planteó la posibilidad de torturarlo para obtener información. Como describe un sumario del caso, “un investigador de los servicios italianos de Seguridad propuso al general Carlo della Chiesa [de la policía del Estado] que se torturara al preso que parecía tener información sobre el caso”. Sin embargo, “el general rechazó la idea replicando: ‘Italia puede sobrevivir a la pérdida de Aldo Moro, pero no puede sobrevivir a la introducción de la tortura’”. Finalmente, los terroristas asesinaron a Moro⁸⁸¹.

Ahora bien, aunque hay que calificar tal decisión como jurídicamente intachable, no ha sido ésta la opción acogida por otros gobiernos, sobre

⁸⁷⁹ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, pp. 950 ss.; GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 1 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 277-278.

⁸⁸⁰ Resumen del caso expuesto por Eduardo Riggi, traductor del artículo de GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5, con ulteriores referencias. Véase, también, GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, pp. 952-953.

⁸⁸¹ Episodio referido por DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 157.

todo los que más de cerca han sufrido las consecuencias del terrorismo⁸⁸². En concreto, en Israel⁸⁸³, después de saltar a la luz pública que sus servicios de seguridad (*General Security Services*; GSS) habían usado la fuerza para interrogar a sospechosos de terrorismo, se formó en 1987 una comisión de investigación con el fin de clarificar su legalidad. Así, la conocida como *Landau Commission*⁸⁸⁴ estableció que el uso de fuerza moderada por parte de los miembros de los GSS era permisible en virtud de un estado de necesidad (*necessity defence*) previsto en la ley penal, especialmente en los casos en los que podía servir para conocer los modos de organización de una banda armada o para prevenir un acto terrorista en estado de incubación. Según indicó, tal excepción no dependía de la inminencia del ataque a evitar sino de la comparación entre el daño causado (por el uso de la tortura) y el daño que (a raíz de actos terroristas) ocurriría más pronto o más tarde. De este modo, “la eufemísticamente denominada ‘presión física moderada’ en los interrogatorios, se convirtió en una práctica expresamente aceptada por directivas ministeriales sobre interrogatorios (pero no por una ley) en Israel”⁸⁸⁵.

En consecuencia, sobre la base del informe *Landau*, la policía, el ejército y los funcionarios de prisiones de Israel utilizaron prácticas constitutivas de tortura como método de interrogación contra **cinco mil** personas los tres primeros años siguientes, esto es, entre 1988 y 1990⁸⁸⁶. Es más, hasta 1999 se siguieron realizando cada año más de

⁸⁸² Así, GERSTEIN, “¿Tienen derechos los terroristas?”, p. 102, explica que la tortura es una de las prácticas más utilizadas por los gobiernos contra el terrorismo; y LEVINSON, “‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, pp. 2.017 ss., pone de relieve la tensión existente entre la prohibición formal de la tortura y la práctica de algunos países.

⁸⁸³ Pero también en el Reino Unido, donde GERSTEIN, “¿Tienen derechos los terroristas?”, p. 104, alude a los procedimientos de privación sensorial usados en el interrogatorio de sospechosos del IRA. Explica este autor que a dichos detenidos “se les ponía una capucha, se los sometía a un ruido monótono continuo, se los privaba de alimentos y de sueño, y se les hacía estar de cara a la pared y sin apoyarse durante largo tiempo” (cfr. los informes Crompton y Diplick sobre las indagaciones de brutalidad física realizadas por las fuerzas de seguridad en Irlanda del Norte, originadas por los sucesos de 9 de agosto de 1971, documento nº 4.823, 1971, pp. 15-17). Véase, también, SKOLNICK, “American Interrogation”, pp. 110-111.

⁸⁸⁴ Sobre esta comisión, véase DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 260 ss.; y, especialmente, GUR-ARYE, “Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?”, pp. 183 ss.

⁸⁸⁵ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271.

⁸⁸⁶ Véase el informe elaborado por COHEN/GOLAN, “The interrogation of palestinians during the Intifada”, pp. 18 ss.

850 interrogatorios con torturas a presos palestinos sospechosos de terrorismo, según informes de las ONGs⁸⁸⁷.

Ahora bien, la tortura se ha seguido practicando con posterioridad y hasta nuestros días en el país hebreo. Ciertamente, en 1999, la Corte Suprema de Israel estableció, en su famoso pronunciamiento dictado el 6 de septiembre⁸⁸⁸, que la ley de su Estado no preveía explícitamente una autorización que permitiera a las GSS utilizar fuerza física como método de investigación. En consecuencia, dejó sin efectos el contenido establecido por la Comisión *Landau*. Sin embargo, tampoco impuso una prohibición absoluta de la tortura⁸⁸⁹. Por el contrario, determinó que los miembros de los servicios de seguridad debían quedar exentos de pena si creían honestamente que un “interrogatorio toscó” era necesario para salvar vidas en un supuesto de peligro inminente. De este modo, al igual que aquella Comisión, el Tribunal basó su argumento en la excepción de la necesidad, si bien la entendió en un sentido de inmediatez y a constatar *ex post*⁸⁹⁰, es decir, si un investigador de las GSS fuera criminalmente acusado, dicha excepción podría serle aplicada en caso de cumplirse los requisitos establecidos en la ley penal. Así, en los últimos años, Israel ha admitido abiertamente que los miembros de sus servicios de seguridad emplean métodos de interrogación “excepcionales” y “presión física” contra los palestinos detenidos en las llamadas “situaciones de *ticking bomb*”⁸⁹¹, las cuales pasan a tratarse en el siguiente apartado.

⁸⁸⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271.

⁸⁸⁸ *Public Committee against Torture in Israel and Others v. The State of Israel, The General Security Services and Others*. El texto completo de esta resolución puede leerse en SUPREME COURT OF ISRAEL, “Judgment Concerning the Legality of the General Security Service’s Interrogation Methods [September 6, 1999]”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, pp. 165-181.

⁸⁸⁹ Critican esta resolución por tal motivo: COHEN, “Democracy and the Mis-Rule of Law”, p. 75; GUR-ARYE, “Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?”, pp. 186-187; KREMNITZER/SEGEV, “The Legality of Interrogational Torture”, pp. 522 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271.

⁸⁹⁰ Los argumentos sobre la excepción de la “necesidad” se encuentran en SUPREME COURT OF ISRAEL, “Judgment Concerning the Legality of the General Security Service’s Interrogation Methods [September 6, 1999]”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, pp. 177 ss. (véase, también, *infra* 2ª.II.1.B).

⁸⁹¹ Véase el informe elaborado por LEIN, “Absolute Prohibition. The Torture and Ill-treatment of Palestinian Detainees”, pp. 5, 6 y 12 ss.

B) Presente: el debate en los EEUU. La cultura de esta práctica más allá del escenario de ticking bomb

Una primera aproximación a la discusión actual en los EEUU pone de relieve que ésta se centra en el “caso de *ticking bomb*”⁸⁹², es decir, el punto de partida es el siguiente supuesto⁸⁹³: un terrorista que acaba de ser capturado confiesa que ha puesto una bomba en algún lugar (o que conoce su ubicación), la cual estallará de modo inminente y matará a cientos, miles, o, incluso, millones de personas. Por tanto, tal escenario tiene tres elementos: primero, la vida de muchos civiles inocentes está en peligro; segundo, la catástrofe es inminente; y, por último, un terrorista que ha sido capturado conoce información que podría evitar que dicho desastre ocurra⁸⁹⁴. Ante dicha situación, pues, ¿tal sujeto puede ser torturado? Así, el debate sobre esta cuestión parte de una premisa que, al menos en teoría, todo el mundo acepta, a saber, la tortura es una práctica tipificada como delito. Por tanto, lo que, de entrada, se discute es si en algunos casos excepcionales de consecuencias catastróficas puede permitirse su uso.

Ahora bien, en el fondo del debate está patente otro problema de mayor trascendencia, la cual ha sido puesta de relieve por un sector doctrinal: si la sensibilidad política y social sobre la tortura ha cambiado a partir del

⁸⁹² En España, estos supuestos son denominados “casos de la bomba de relojería” y, en Alemania, “*ticking time bomb Konstellationen*” (cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5). Así, el nombre en inglés hace referencia al tic-tac de un reloj programado para estallar.

⁸⁹³ Como pone de relieve LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, pp. 1.440-1.441, el “caso de *ticking bomb*” se ha convertido en el “alfa y omega” de la discusión sobre la tortura.

⁸⁹⁴ Cfr. BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, p. 358. Sin embargo, hay que poner de relieve que existe un requisito que varía según quien exponga este caso, a saber, si el terrorista capturado es quien ha puesto la bomba o, pese a conocer su ubicación o el modo de desactivarla, no ha participado en su colocación. Por ejemplo, GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5, expone este caso en los siguientes términos: “una ciudad entera como Múnich, Nueva York, Barcelona o Río de Janeiro, va a desaparecer del mapamundi si no se empuja a hablar al terrorista **responsable de la bomba**, que acaba de ser capturado” (negrita añadida). En cambio, DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 259, establece que este supuesto implica que “un terrorista capturado se niega a dar información sobre el inminente uso de armas de destrucción masiva, tales como nucleares, químicas o biológicas, que pueden afectar y matar a miles de civiles”, sin mencionar si el sujeto detenido intervino en la colocación de la bomba o simplemente conoce de su existencia. De entrada, este punto no se ha debatido en la doctrina. Sin embargo, para la solución que se acogerá en este trabajo, será esencial la determinación exacta del escenario de *ticking bomb* del que se trata, esto es, el título de intervención del sujeto torturado en la colocación de la bomba (así como cuán inminente tiene que ser el ataque; véase *infra* en el apartado C de este epígrafe).

11-S, aunque reconocerlo en público se considere políticamente incorrecto⁸⁹⁵. De hecho, LUBAN⁸⁹⁶ describe que en la actualidad existe en su país una “cultura de la tortura”, representada por los juristas y los altos cargos políticos de Washington y materializada en los memorandos oficiales legitimando esta práctica⁸⁹⁷.

En este sentido, el “Informe Schlesinger”⁸⁹⁸ concluye que en los abusos infligidos por los oficiales estadounidenses sobre sus prisioneros, en Irak, Afganistán y Guantánamo hasta el 2004, “hay responsabilidad institucional y personal en altos niveles”. Por tanto, las torturas en *Abu Ghraib* no fueron obra de “algunas manzanas podridas” únicamente, como el Gobierno americano afirmó en aquel entonces, sino que su práctica se ha extendido hasta ser parte de una política oficial⁸⁹⁹. Como ejemplos, pues, cabe citar que los EEUU han deportado a ciento sesenta personas a terceros países donde han sido torturadas y encarceladas durante meses sin cargos delictivos ni asistencia letrada⁹⁰⁰, y el Departamento de Defensa ha establecido distintas formas de estrés que pueden practicarse sobre los detenidos, las cuales incluyen: desnudarlos, privarlos del sueño, someterlos a luces brillantes o a música sonando muy fuerte, exponerlos al calor o al frío, encapucharlos y mantenerlos en posiciones incómodas⁹⁰¹.

Es más, ambas cuestiones se encuentran entrelazadas, puesto que la extraordinaria y extraña situación de un supuesto de bomba de relojería ha proporcionado una justificación moral, intelectual y legal de la tortura⁹⁰² como sistema de interrogación coercitiva⁹⁰³, antaño en Israel y,

⁸⁹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 269, nota 9, pone de relieve que Alberto Gonzales, Fiscal General de Bush desde el 3 de febrero de 2005 hasta el 17 de septiembre de 2007, tras haber contribuido, en su condición de asesor principal del presidente, a un memorando (cfr. *infra* nota 1.012) en el que justificaba el uso de la tortura, para acceder al nuevo cargo tuvo que afirmar expresamente su oposición a esta práctica (véase, también, AGUIRRE, “¿Hay dudas sobre la tortura?”, p. 29).

⁸⁹⁶ LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, pp. 1.452 ss. Así, como indica HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, p. 126, aunque las excusas de los memorandos fueron legales, las decisiones fueron políticas.

⁸⁹⁷ Publicados en GREENBERG/DRATEL (eds.), *The Torture Papers*.

⁸⁹⁸ *Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations*, en GREENBERG/DRATEL (eds.), *The Torture Papers*, p. 908.

⁸⁹⁹ Cfr. BOWKER, “Unwise Counsel”, p. 194. De la misma opinión ROTH, “Torture Is Never Justified”, p. 12.

⁹⁰⁰ Véase COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, p. 25.

⁹⁰¹ Cfr. ROTH, “Torture Is Never Justified”, p. 13.

⁹⁰² En este sentido, DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 259.

ahora, también en los EEUU⁹⁰⁴. De este modo, lo que en definitiva se somete a debate es si el uso de esta práctica en la guerra contra el terrorismo está legitimado o no, dada la especial peligrosidad de dicho fenómeno para la seguridad nacional.

a) De los supuestos de *ticking bomb* a la creación de una cultura de la tortura

A raíz de la propuesta de DERSHOWITZ⁹⁰⁵, que aboga por la regulación de un procedimiento de autorización (judicial o gubernamental) para torturar, mediante una orden de tortura (*torture warrant*)⁹⁰⁶, en los EEUU se han alzado voces muy críticas⁹⁰⁷. Sin embargo, muchas de las

⁹⁰³ Sobre los límites entre tortura, tratos inhumanos y degradantes y métodos de interrogatorio coercitivo, cfr. IGNATIEFF, “Si la tortura funciona”, pp. 4-5. Sin embargo, a su juicio, todas estas prácticas son igualmente inaceptables.

⁹⁰⁴ Por esta razón, los autores que aluden al carácter infrecuente de los “casos de la bomba de relojería”, no es que eviten resolverlos (es de esta opinión GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5) sino que argumentan con base en la teoría de la pendiente resbaladiza (véase *infra* en el apartado C de este epígrafe sobre este concepto). Así, según COLE, “Outlaws on torture”; COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, pp. 190 ss; LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.441; y WEISBERG, “Loose Professionalism”, p. 304, la tortura debe prohibirse porque los casos de *ticking bomb* son hipotéticos y permiten su práctica en general. A su juicio, no se puede saber si una persona conoce donde está ubicada la bomba, si está diciendo la verdad o, incluso, si verdaderamente existe un artefacto colocado y listo para estallar. Esta postura ha sido criticada por GROSS, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, p. 239, quien considera que convertir los casos de *ticking bomb* en irrelevantes o improbables no hace que el problema real desaparezca; y por STEINHOFF, “Torture — The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 343). Ahora bien, hay que poner de relieve que COLE, LOBEL, LUBAN y WEISBERG acogen esta posición porque el problema en los EEUU es otro, a saber, el uso de la tortura como política de investigación en la lucha contra el terrorismo. De este modo, evitan responder afirmativamente a la cuestión de si puede torturarse en algún caso, puesto que, como indica HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, p. 127, los casos de *ticking bomb* no son ni realistas ni representativos, y dan pie a que se abuse de dicha práctica (como de hecho a ocurrido en su país). En definitiva, pues, tal postura, más que escurridiza, es sensata.

⁹⁰⁵ Véase DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 166; y EL MISMO, “Tortured reasoning”, pp. 257 ss.

⁹⁰⁶ Además, hay que poner de relieve que en otro de sus trabajos (“Torture Should Be Legalized and Regulated”, pp. 23-24), DERSHOWITZ también autoriza el uso de “suero de la verdad” para compeler a un detenido a que aporte información sobre atentados terroristas. A su juicio, con esta técnica no se vulnera ni el derecho a no declarar contra uno mismo ni tampoco el derecho a la integridad corporal.

⁹⁰⁷ Algunas de las cuales le han acusado de “burlar la prohibición constitucional de la tortura” (así, Brendon O’Leary, profesor de Ciencia Política de la Universidad de Pennsylvania); o de “recomendar la tortura de sospechosos de terrorismo para obtener información” (en este sentido, el Juez Richard Posner de la Corte de Apelaciones del

alternativas ofrecidas por otros jueces, políticos y académicos no pasan por prohibir esta práctica en todo caso, sino por mirar hacia otro lado o por eximirla de pena *ex post*⁹⁰⁸.

DERSHOWITZ⁹⁰⁹ considera que dado que la tortura está siendo usada por los EEUU y por otros países aliados en el ámbito del terrorismo, y debería serlo en un caso de *ticking bomb* o ante un inminente ataque masivo, es mejor regularla con responsabilidad, detalladamente y estableciendo limitaciones⁹¹⁰. A su juicio, una “orden de tortura” autorizada *ex ante* por parte del poder judicial (o del Gobierno) es más conveniente y justa que dejar en manos de los servicios de seguridad la decisión de si pueden torturar o no en un caso concreto, puesto que es notorio que no se les castiga penalmente. En su opinión, los jueces están en mejor posición de valorar las necesidades de seguridad contra los imperativos de la libertad. En cambio, los interrogadores de los servicios de seguridad no están entrenados para resolver este delicado equilibrio: su misión es la de prevenir el terrorismo.

Séptimo Circuito de los EEUU, que califica esta sugerencia como “teñida de sadismo”). Además, se han podido leer titulares como el siguiente: “Famoso Abogado Respalda el Uso de la Tortura”, o noticias que establecían que DERSHOWITZ recomendaba a los gobiernos “dejar de lado las cuestiones morales” (cfr. DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 265-266). De este modo ha habido quien, incluso, le ha denominado “Torquemada Dershowitz”, haciendo referencia al notorio torturador de la Inquisición (véase DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 265).

⁹⁰⁸ Sin embargo, no faltan autores que defienden la prohibición absoluta de la tortura en cualquier caso (así, BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, pp. 359 ss.; HEYMANN, “Torture Should Not be Authorized”, p. 217; LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.425; PRESS, “In Torture We Trust?”, p. 225; RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 116; ROTH, “Torture Is Never Justified”, p. 14; y WALDRON, “Torture and Positive Law”, p. 1.715). En general, ésta es la opción acogida por quienes consideran que asumir que la excepción de la tortura puede ser confinada a los casos de *ticking bomb* representa un peligroso engaño, especialmente en la guerra contra el terrorismo (LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.444), esto es, aluden al peligro de la pendiente resbaladiza. Por tanto, desde esta perspectiva, tales posturas quieren evitar la “rotura de dique” (cfr. *infra* en el siguiente apartado). Por su parte, en publicaciones españolas, puede leerse la solución de la prohibición absoluta de la tortura en los trabajos de GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 11 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 278 ss. Y, también defiende esta postura MUÑOZ CONDE, “Delito político y derecho penal del enemigo”, p. 409.

⁹⁰⁹ DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 266 ss.

⁹¹⁰ Sin duda, la visión de DERSHOWITZ es muy derrotista. En sentido similar, JAKOBS, “¿Terroristas como persona en Derecho?”, p. 82, considera que, en determinados casos, la excepción se producirá de todos modos sin legislación, por lo que el Estado no puede renunciar a regular supuestos como el derribo de un avión de pasajeros o la incomunicación.

Sin entrar al detalle en el alud de críticas que ha recibido⁹¹¹, hay que resaltar dos concretos problemas de este planteamiento. En primer lugar, su propuesta es impracticable en un verdadero escenario de *ticking bomb*. Como se ha indicado, una de las características de este supuesto es la inminencia de la catástrofe, esto es, que “el tiempo se acaba”⁹¹². Por tanto, lo más usual será que no haya suficiente tiempo para pedir una orden de tortura⁹¹³; al menos, no en condiciones que aseguren una autorización responsable y fundada por parte del juez (o, en su caso, del Gobierno), que limite verdaderamente esta práctica y la relegue a casos realmente excepcionales –esta es, en apariencia, la pretensión del citado autor con su propuesta⁹¹⁴-. Así, pues, y ello conduce al segundo problema de su planteamiento, DERSHOWITZ, más allá de los verdaderos “casos de la bomba de relojería”, acepta la autorización de torturas preventivas, es decir, de aquéllas que pueden ayudar a evitar un **futuro** ataque, aunque no sea inminente⁹¹⁵. Por tanto, se produce un salto cualitativo entre aquel

⁹¹¹ Para ello, cfr. ELSHTAIN, “Reflections on the Problem of ‘Dirty Hands’”, p. 87; HEYMANN, “Torture Should Not be Authorized”, pp. 215 ss.; KREIMER, “Too Close to the Rack and the Screw”, pp. 317 ss.; LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.492; POSNER, “Torture, Terrorism and Interrogation”, pp. 295 ss.; SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, pp. 282 ss.; SHUE, “Torture”, pp. 58-59; STEINHOFF, “Torture — The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 347 ss.; SUNG, “Torturing the Ticking Bomb Terrorist”, pp. 193 ss.; WAGNER, “The Justification of Torture”, pp. 824 ss.; y WALDRON, “Torture and Positive Law”, pp. 1.713 ss.

⁹¹² BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, p. 358, uno de los elementos del escenario de *ticking bomb* es que la catástrofe es inminente, es decir, que “el tiempo se acaba”.

⁹¹³ En el mismo sentido, DRATEL, “The curious debate”, p. 112.

⁹¹⁴ DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 264-265. Como es sabido, cualquier orden judicial que limite un derecho fundamental tiene que estar fundada, lo que implica que la petición tiene que presentar pruebas sobre la necesidad de esa medida y el juez tiene que valorarlas (en España, por ejemplo, cfr. los arts. 545 a 578 LECrim que regulan el procedimiento de entrada y registro. Concretamente, el art. 558 establece que esta clase de órdenes serán siempre fundadas). En este sentido, LEVINSON, “‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, p. 2.048, pone de relieve que las “órdenes de tortura” habrían de contener fundamentos de derecho escritos susceptibles de análisis. Por tanto, hace falta tiempo. La alternativa, claro, para conseguir las, podría ser una llamada telefónica que no requiriese presentar ulteriores pruebas sobre su necesidad, en vez de la elaboración de un informe por parte de los oficiales y el posterior estudio y emisión de una resolución fundada por el juez encargado del caso. Ahora bien, de este modo, los abusos que quiere evitar la propuesta de DERSHOWITZ, “salen por la puerta y se cuelan por la ventana” (en el mismo sentido, véase WAGNER, “The Justification of Torture”, pp. 824-825. Por ejemplo, KREIMER, “Too Close to the Rack and the Screw”, p. 319, indica que la experiencia sobre las órdenes de búsqueda y captura demuestra que los oficiales a menudo exageran la verdad para conseguir las).

⁹¹⁵ Por ejemplo, defiende el uso de tortura contra un terrorista detenido que se niegue a dar información estimada esencial para **prevenir** un evitable acto de terrorismo de masas

supuesto que pone contra las cuerdas al más acérrimo defensor de la prohibición *ad totum* de la tortura⁹¹⁶ y el contexto de la prevención del terrorismo.

Ahora bien, muchas alternativas a dicho planteamiento no defienden la prohibición absoluta de la tortura. Por el contrario, se decantan, bien por otro modelo de solución, el cual detallan más o menos, bien por su práctica “a espaldas” de la opinión pública. Además, también aceptan la tortura preventiva.

Así, dentro del primer grupo, SCARRY⁹¹⁷ y SHUE⁹¹⁸ abogan por una decisión *ex post facto* sobre si el torturador actuó adecuadamente o no en un caso excepcional, realizada por un jurado de iguales, en vez de por una orden de tortura *ex ante*. En este sentido, IGNATIEFF⁹¹⁹, PARRY⁹²⁰ y COHAN⁹²¹ argumentan con base en la excepción de necesidad⁹²², también GROSS⁹²³ sostiene la solución de la justificación o la excusa *ex post*⁹²⁴, y GAETA⁹²⁵ defiende la aplicación de una circunstancia atenuante⁹²⁶.

(DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 264). En este sentido, KREIMER, “Too Close to the Rack and the Screw”, p. 321, pone de relieve que si DERSHOWITZ propone que la tortura podría ser legalmente limitada a terroristas convictos que han conocido la existencia de un futuro ataque terrorista (en *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, pp. 167 ss.), su propuesta “permite la tortura incluso si los actos no son inminentes sino que representan una amenaza en el ‘futuro’”.

⁹¹⁶ En este sentido, LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, pp. 1.440-1.441, indica que el escenario de *ticking bomb* fuerza a quienes defienden una prohibición absoluta de esta práctica a admitir que en tales supuestos puede permitirse. Así, una vez la prohibición absoluta se ha roto, significa que ésta no se basa en un principio moral absoluto.

⁹¹⁷ SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, pp. 282 ss.

⁹¹⁸ SHUE, “Torture”, pp. 58-59.

⁹¹⁹ IGNATIEFF, “Si la tortura funciona”, p. 6.

⁹²⁰ PARRY, “Escalation and Necessity”, pp. 158 ss.; y PARRY/WHITE, “Interrogating Suspected Terrorists”, pp. 747-748.

⁹²¹ COHAN, “Torture and the Necessity Doctrine”, p. 1.631.

⁹²² Sobre esta categoría, véase con más detalle *infra* en el siguiente apartado.

⁹²³ GROSS, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, pp. 231 y 244 ss.; EL MISMO, “Are Torture Warrants Warranted?”, pp. 1.519 ss.

⁹²⁴ En la doctrina alemana, la solución de la excusa *ex post* es una postura ampliamente acogida. De hecho, uno de sus defensores es ROXIN (cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 6-7, texto y nota 10). Véase *infra* 2ª.V.3.C.

⁹²⁵ GAETA, “May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorist?”, *passim*, p. 793. A su juicio, los requisitos del estado de necesidad, esto es la necesidad y la razonabilidad, no concurren en los casos de *ticking bomb*: por un lado, es difícil admitir que la tortura sea adecuada y capaz de evitar el inminente ataque terrorista; por el otro, no se puede tener la certeza de que su víctima esté en posesión de la información necesaria, la vaya a dar o ésta sea correcta. Es más, incluso asumiendo que el torturado podría facilitarla, no existe una relación causal directa entre la tortura y la

De este modo, los autores que sustentan un modelo de solución legal alternativo comparten dos rasgos con la propuesta de DERSHOWITZ: en primer lugar, también defienden la permisividad de la tortura⁹²⁷. Lo que ocurre es que no se ponen de acuerdo en si ésta tiene que formalizarse en una orden emitida *ex ante* por el poder judicial (o por el ejecutivo), o, en cambio, debe determinarse con posterioridad a su comisión. Por tanto, expresa o tácitamente, también están abogando por la regulación de un modelo legal que resuelva tales supuestos. Como indica MOLINA FERNÁNDEZ, cualquier exención, por mucho que se aplique *a posteriori*, tiene que determinar *a priori* en qué supuestos y con qué requisitos podrá apreciarse⁹²⁸. De este modo, “la presencia de un caso concreto no brinda nuevos criterios de valoración”, sino que “tan sólo es un supuesto más subsumible en una regla que, como todas, debe ser generalizable (...), y ello con independencia de que la valoración se haga *ex ante* o *ex post*”⁹²⁹.

evitación del daño, puesto que la información podría no ser apta en orden a prevenir el ataque (pp. 791-792).

⁹²⁶ También admite la tortura en los casos de *ticking bomb* HOLZER, “Torture Is Sometimes Justified”, pp. 16 ss., aunque no detalla el procedimiento para determinar si en un determinado caso estaba legitimada su práctica o no.

⁹²⁷ En el mismo sentido, RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 109.

⁹²⁸ En este punto, resulta contradictoria la argumentación realizada por la Sentencia de la Corte Supremo de Israel de 6 de septiembre de 1999. Por un lado, estableció la ilegalidad absoluta de las prácticas de tortura practicadas por los miembros de los servicios de seguridad y su incompatibilidad con el sistema de valores de la ley israelí. Sin embargo, por el otro, aceptó la posibilidad de apreciar un estado de necesidad en casos excepcionales. Según indicó, existe una gran diferencia entre estas dos soluciones, puesto que “el estado de necesidad no ofrece una autorización legal *ex ante* para actuar de una determinada manera, sino que a lo sumo ofrece una posibilidad de exclusión de la punibilidad *ex post*, limitada al caso concreto de quien se beneficia de ella y no expresable mediante una regla general”. Ahora bien, ¿cómo puede “un juez *a posteriori* determinar que concurre esta circunstancia si teóricamente no se puede fijar *ex ante* en que casos será aplicable”? (así, MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 274). En este sentido, BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, p. 358, ponen de relieve que tanto quien defiende la regulación de órdenes de tortura como la aplicación del estado de necesidad permite, en último término, esta práctica, aunque mediante mecanismos diferentes.

⁹²⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 273-274. En este sentido, LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.445, considera que el principal problema del planteamiento de *ticking bomb* es que se presenta como un caso en el que la decisión sobre si se debe torturar o no será tomada *ad hoc* para ese supuesto, por oficiales que normalmente no lo harían, excepto en un caso desesperado de emergencia. Sin embargo, en el mundo real de los interrogatorios, las decisiones no son excepcionales y sirven para un caso concreto, sino que aquél está compuesto por políticas, pautas y directivas. Se trata de un mundo de prácticas, no de un mundo de medidas de emergencia adoptadas *ad hoc*. Por tanto,

Además, la consecuencia deducible del caso israelí es que permitir la tortura *ex ante* (mediante directivas ministeriales) o eximirla de pena *ex post* (con base en el estado de necesidad), no varía sustancialmente en la realidad, es decir, la tortura sigue practicándose.

Después de la decisión del Tribunal Supremo israelí en 1999, a la que se ha aludido en el apartado anterior, varios informes pusieron de relieve que los interrogadores de las GSS calificaron a docenas de detenidos como casos de *ticking bomb*. Así, excepcionales técnicas de interrogación fueron usadas sobre ellos y justificadas bajo la doctrina de la necesidad⁹³⁰. En concreto, en los dos años siguientes, la presión física moderada fue practicada en, aproximadamente, 90 casos⁹³¹. Es más, los servicios de seguridad israelíes continuaron utilizando los siguientes métodos: privación prolongada de sueño, la colocación de esposas o ligaduras excesivamente apretadas, que impiden una adecuada circulación sanguínea, y palizas. Sin embargo, dejaron de sacudir con fuerza y reiteradamente al detenido en el torso superior haciendo que la cabeza se balancee rápidamente⁹³², así como de cubrir las cabezas de los detenidos con sacos⁹³³.

En relación con esta última cuestión, pues, se ha debatido qué solución es más eficaz a la hora de limitar la tortura⁹³⁴: la permisión con anterioridad al hecho o la exención en un momento posterior. Ahora bien, hay que puntualizar que, de entrada, este análisis no tiene nada que ver con las ventajas o las desventajas de que exista una regulación legal⁹³⁵. Lo que, de modo general, varía entre ambos modelos es el momento de la decisión: ésta es tomada, bien antes, bien después de la tortura⁹³⁶. En consecuencia,

cualquier discusión responsable sobre la tortura debe referirse a su ejercicio organizado, no a los supuestos hipotéticos de *ticking bomb*. Y, es que, como pone de relieve PRESS, “In Torture We Trust?”, p. 222, en el mundo real los gobiernos no sólo torturan en los “casos de la bomba de relojería”, sino que su uso se extiende mucho más allá.

⁹³⁰ Véase COHAN, “Torture and the Necessity Doctrine”, pp. 1.630-1.631.

⁹³¹ Cfr. KREMNITZER/SEGEV, “The Legality of Interrogational Torture”, pp. 530-531.

⁹³² Método conocido como “*shaking*” (cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 272).

⁹³³ Lo que a juicio de KREMNITZER/SEGEV, “The Legality of Interrogational Torture”, pp. 530-531, representó un avance digno de ser mencionado respecto a la anterior.

⁹³⁴ Sobre esta cuestión, véase RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 108-110.

⁹³⁵ Éste es el punto de partida adoptado por ARIDOR BAR-ILAN, “Justice: When Do We Decide?”, pp. 923 ss., por lo que, a mi juicio, resulta erróneo todo su análisis.

⁹³⁶ Y, en consecuencia, el órgano responsable de tomar la decisión. En un sistema presidido por el procedimiento del jurado, como el estadounidense, la orden de tortura *ex ante* sería emitida por un juez mientras que la exención de pena *ex post* debería resolverse por los miembros de un jurado. En cambio, en el modelo español, serían los jueces y tribunales los encargados de tomar la decisión en ambos casos.

hay que valorar dos pares de variables, a saber, la seguridad *ex ante* de actuar conforme a derecho o no y la posibilidad *a priori* de que la orden de tortura sea denegada o no. De este modo, en un sistema en el que la decisión se tome con anterioridad a la comisión del hecho típico, el torturador actuará con plena seguridad de que su conducta es acorde al ordenamiento jurídico, mientras que si la decisión es *ex post*, por mucho que existan unas reglas generales, cabe la posibilidad de que incurra en un error de subsunción⁹³⁷, lo que podría inhibir su conducta. Por tanto, si sólo se toma en cuenta esta variable, cabe concluir que existirán más torturas en un modelo de autorizaciones *ex ante*⁹³⁸. Ahora bien, en este sistema, también hay que introducir la posibilidad de que la tortura sea denegada antes de practicarse, de modo que, previsiblemente, el sujeto no torturará, puesto que, en este caso, estará actuando sin duda de modo contrario al ordenamiento jurídico⁹³⁹.

Así, pues, la respuesta a con qué modelo se torturaría menos es “depende”. En mi opinión, dada la actual situación en los EEUU (o en Israel), la autorización *ex ante* podría disminuir, al menos a corto plazo, esta práctica, puesto que es notorio que se están dando muchos abusos que la fiscalía no persigue⁹⁴⁰. De este modo, las torturas no llegan a juzgarse *ex post*⁹⁴¹, por lo que ni jueces⁹⁴² ni jurados pueden condenarlas⁹⁴³.

⁹³⁷ Es decir, el agente cree que en ese caso el uso de la tortura está legitimado, pues concurren los requisitos para ello, pero, en realidad, no es así.

⁹³⁸ Éste es el análisis realizado por GROSS, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, pp. 241 ss., para defender que el modelo de autorización previa conlleva más tortura. A su juicio, la decisión *ex post* de disculpar una tortura implica que los oficiales deben asumir el riesgo de actuar ilegalmente. Sin embargo, no tienen en cuenta la otra variable, esto es, que en este sistema la práctica de tortura puede ser denegada *ex ante*.

⁹³⁹ Además, existe una tercera variable a tener en cuenta, consistente en el grado de regulación. Es decir, cuantos más requisitos legales se exijan para permitir la tortura menor será el campo de aplicación de esta práctica. Sin embargo, en la reflexión realizada sobre esta cuestión se ha partido de la hipótesis según la cual las condiciones determinadas por la ley *ex ante* o *ex post* serían las mismas.

⁹⁴⁰ DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 265. Además, en este sentido, CONROY, *Unspeakable Acts, Ordinary People*, p. 242, pone de relieve que la práctica demuestra que los torturadores raramente son castigados. Como indica RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 109-110, ningún agente de los EEUU ha sido acusado de tortura después del 11-S con base en las leyes civiles, sólo un pequeño número de, principalmente, soldados de bajo rango han sido juzgados por una Corte Marcial y más del 70% de las acciones oficiales tomadas en respuesta a las alegaciones de abuso no han recibido sentencia administrativa o judicial.

⁹⁴¹ Es más, en el conocido “caso de Jaled el Masri”, la justicia estadounidense no admitió a trámite la denuncia presentada por este ciudadano alemán de origen libanés contra la CIA por secuestro y tortura. Según establecieron tanto la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Richmond, Valtimore (el 2 de marzo de 2007), como la Corte

En segundo lugar, junto al hecho de que los citados autores no excluyen absolutamente la tortura, al igual que DERSHOWITZ tampoco se limitan a permitir o tolerar los supuestos de *ticking bomb*, sino que, en general, aceptan la **tortura para prevenir futuros ataques**⁹⁴⁴. De nuevo, pues, el uso de esta práctica se filtra desde un escenario que, aunque ciertamente podría darse, nunca se ha planteado en la realidad hasta el momento, a otro mucho más real y tenebroso: el uso sistemático de la tortura para luchar contra un fenómeno delictivo en el seno de una sociedad

Suprema de los EEUU (el 9 de octubre de ese mismo año), un juicio expondría a la luz pública secretos de Estado (cfr. *The New York Times* de 9 de octubre de 2007).

⁹⁴² Sin embargo, este análisis también dependerá del procedimiento de elección de los jueces. Así, LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.452, pone de relieve que, en el sistema estadounidense, los políticos eligen a los jueces, por lo que si los políticos aceptan la tortura (como en su opinión ocurre en la actualidad en Washington) los jueces también lo harán. Como ejemplo, cita el caso de Jay S. Bybee, quien firmó el memorando del Departamento de Justicia que permitía la tortura y ahora es Juez federal. Por esta razón, considera que la propuesta de DERSHOWITZ es muy ingenua puesto que “una vez se ha creado una cultura de tortura, sólo el naíf podría suponer que los jueces proveerán una salvaguarda”.

⁹⁴³ A mi juicio, es en este contexto donde la propuesta de DERSHOWITZ cobra sentido desde una perspectiva instrumental (no de legitimidad). Puesto que su Gobierno ha adoptado una política de torturas sistemáticas que la fiscalía no persigue, el único modelo para limitarla pasa por regular un procedimiento *ex ante* de autorizaciones de tortura (en el mismo sentido, LEVINSON, “‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, pp. 2.048 ss.). Ahora bien, lo que, entonces, es innecesario es mezclar esta lógica con los casos de *ticking bomb*, puesto que no tienen nada que ver.

⁹⁴⁴ Así, ADDICOTT, “Into the Star Chamber”, pp. 911-912, menciona que el objetivo de un “interrogatorio” a los miembros de *Al Qaeda* es obtener tanta información como sea posible para **prevenir futuros actos terroristas**, y opina que los EEUU deberían desarrollar métodos que penetren rápidamente en la conciencia del detenido sin causarle dolor y sufrimiento; GROSS, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, p. 232, negrita añadida, alude a supuestos en los que la práctica de tortura se dirige a “obtener información que ayudaría a las autoridades a frustrar un **futuro ataque** terrorista de consecuencias muy gravosas”; POSNER, “Torture, Terrorism and Interrogation”, p. 294, considera que una **pequeña posibilidad** de que un terrorista ande suelto con una bomba nuclear, la cual podría matar a miles o millones de personas si se materializase el riesgo, convierte en convincente el argumento en favor de la tortura; y SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, pp. 282 y 284, hace referencia a **casos excepcionales o a supuestos de información crucial**. Únicamente PARRY, “Escalation and Necessity”, p. 159, quien defiende la aplicación de la excepción de necesidad, considera que ésta sólo puede aplicarse en supuestos en los que un ataque es específico e inminente y sobre un detenido del que existe firme sospecha que tiene información crucial sobre aquél. Así, pone de relieve que, actualmente, las torturas realizadas por las fuerzas estadounidenses no entran en esta categoría, puesto que han adoptado una política de coerción física que se aplica sobre muchos detenidos, los cuales, casi con total seguridad, carecen de un específico conocimientos sobre ataques futuros.

democrática, cubierto por el manto de legitimidad de los “casos de la bomba de relojería”⁹⁴⁵.

Por su parte, un segundo grupo de autores, que también se oponen a la solución defendida por DERSHOWITZ, abogan por una solución extralegal y extraoficial del uso de la tortura, lo que se ha tachado como un “enfoque hipócrita”⁹⁴⁶. Así, el Juez POSNER⁹⁴⁷ considera que una vez regulada la tortura su práctica se convertiría en regular⁹⁴⁸, por lo que le parece más conveniente dejar inalterada su prohibición formal, pero con el entendimiento de que no se hará cumplir en determinadas circunstancias extremas⁹⁴⁹. ELSHTAIN⁹⁵⁰, aunque acepta el uso de la tortura en casos extremos, no quiere que “una ley los cubra”⁹⁵¹. ADDICOTT⁹⁵² defiende que la tortura es ilegal y debe permanecer en los libros como tal, pero en un caso de emergencia podría ser necesario su uso. Alan KEYES⁹⁵³, ex candidato a la presidencia de los EEUU, opina

⁹⁴⁵ Por este motivo, LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, pp. 1.441, 1.444 y 1.492, si bien acepta que el *ticking bomb* escenario no es un caso irreal, considera que no debe ser tomado como punto de referencia, puesto que representa un fraude.

⁹⁴⁶ Así, DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 273 y 274; LEVINSON, “Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, p. 2.042; y MCCARTHY, “Torture: Thinking about the Unthinkable”, p. 109, quien considera que la propuesta de DERSHOWITZ “vale mucho más la pena que la actual hipocresía que ignora aquello que aparenta prohibir”. Así, dado el actual escenario en los EEUU y en la misma línea que el profesor de Harvard, MCCARTHY propone la creación de una Corte de Seguridad Nacional, la cual tendría competencia para dictar las órdenes de tortura en casos de terrorismo. A su juicio, centralizar esta materia tan delicada en un solo tribunal comportaría mayor rigor en el desarrollo de las órdenes que dejar la decisión de tal extremo en manos de cientos de jueces federales esparcidos por todo el país (véase la propuesta del citado autor con más detalle en “Abu Ghraib and Enemy Combatants”).

⁹⁴⁷ POSNER, “Torture, Terrorism and Interrogation”, pp. 296 y 298. A su juicio, es mejor continuar respetando determinadas reglas, por muy estrictas que éstas puedan parecer, y confiar a los oficiales del Gobierno que las rompan cuando un caso sea lo suficientemente extremo como para permitir su absolución.

⁹⁴⁸ En el mismo sentido, ACKERMAN, “The Emergency Constitution”, p. 1.072; HEYMANN, “Torture Should Not be Authorized”, p. 216; y SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, p. 281. En contra, DORF, “Renouncing torture”, p. 250.

⁹⁴⁹ La formulación clásica de este argumento se atribuye a Robert Jackson, Fiscal General de los EEUU en 1941-42 y, posteriormente, Juez de la Corte Suprema hasta 1954, respecto a los campos de detención japoneses durante la Segunda Guerra Mundial (véase DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 268 y 272).

⁹⁵⁰ ELSHTAIN, “Reflections on the Problem of ‘Dirty Hands’”, p. 87.

⁹⁵¹ Además, distingue entre la tortura1 (formas extremas de tortura) y la tortura2 (interrogación coercitiva o tortura leve). La primera no debe usarse nunca. En cambio, la segunda podría utilizarse para salvar la vida de personas inocentes.

⁹⁵² ADDICOTT, “Into the Star Chamber”, p. 212.

⁹⁵³ Cfr. DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 272; EL MISMO, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 179.

que la tortura podría ser necesaria en algunas situaciones, por lo que sugiere que el presidente debería autorizarla en un caso de *ticking bomb*. Sin embargo, este acto no tiene que ser legitimado por los tribunales o incorporado a un sistema legal. A su juicio, pese a que es necesario preservar la nación de actos terroristas, ello no debe hacerse mediante un “aura de legitimidad”. Por último, el máximo exponente de esta línea de pensamiento es el famoso abogado Floyd ABRAMS⁹⁵⁴, quien ha defendido que “en democracia, algunas veces es necesario hacer cosas extraoficialmente y sin el conocimiento de la opinión pública” (“*to do thing off the books and below the radar screen*”).

Ahora bien, esta solución compromete tanto la concepción pragmática de la democracia como su concepción moral⁹⁵⁵. Por un lado, en un sistema democrático el Gobierno no puede burlar extralegal y extraoficialmente una prohibición “elegida” por la mayoría⁹⁵⁶. Por el otro, tales afirmaciones dan a entender al Estado que puede actuar de dicho modo, es decir, que existen argumentos que legitiman tal conducta en aras a prevenir futuros actos terroristas. Así, se corre el riesgo de implantar la tortura sistemática como política de Estado. Sin embargo, la democracia también es un “orden de derechos que pone límites al poder de la comunidad sobre los individuos”⁹⁵⁷, por lo que dicha práctica no tiene cabida en tal sistema de gobierno⁹⁵⁸.

De hecho, no hace falta ir muy lejos para ejemplificar lo que ocurre cuando la tortura sólo es ilegal en los libros. Con la postura de la “tortura extraoficial” y de “ceguera deliberada” frente a su uso, ésta se ha convertido en una práctica común en los EEUU⁹⁵⁹ justificada y autorizada por la Administración Bush. Así, en octubre de 2007 saltó a la luz pública que el Gobierno de los EEUU había estado autorizando de forma secreta torturas legalmente prohibidas, como golpear en la cabeza a los detenidos, simular intentos de asfixia y someterlos a temperaturas bajo

⁹⁵⁴ Véase DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 272; EL MISMO, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 179.

⁹⁵⁵ Cfr. IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 19.

⁹⁵⁶ En sentido similar, PRESS, “In Torture We Trust?”, p. 223.

⁹⁵⁷ IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 19.

⁹⁵⁸ En sentido similar, véase DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 181.

⁹⁵⁹ En esta línea, DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 265, pone de relieve que en los EEUU existe una “ceguera deliberada” por parte de la fiscalía para perseguir esta práctica, y hace referencia a una política de “cierra los ojos, no preguntes y no expliques”, que conlleva que el uso de tales técnicas continúe expandiéndose (sobre la solución “*don't ask, don't tell*” véase LEVINSON, “Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, pp. 2.042-2.043).

cero⁹⁶⁰. Por tanto, como pone de relieve RAMSAY⁹⁶¹, los abusos en *Abu Ghraib* y Guantánamo demuestran que ocurre cuando los agentes de inteligencia y los interrogadores actúan de espaldas a la ley o con el entendimiento de que la respuesta penal no será aplicada.

En definitiva, pues, las alternativas respecto a la práctica de la tortura fluctúan entre la hipocresía y el derrotismo. DERSHOWITZ se basa en el “puesto que es lo que hay, regulémoslo”, mientras que sus detractores prefieren bien “mirar hacia otro lado”, bien dejar en manos de los jurados compuestos por conciudadanos que decidan *ex post*⁹⁶², bien permitir que el propio Gobierno los indulte⁹⁶³ (¡la misma Administración que autoriza esa práctica!).

b) El uso de técnicas degradantes como método de castigo

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, hay que poner de relieve que, más allá de la práctica de la tortura, también debería empezar a cuestionarse más seriamente en los EEUU el uso de técnicas degradantes como método de castigo. Solamente HOLMES⁹⁶⁴ ha apuntado que las actuales torturas y los tratos inhumanos y degradantes que están siendo practicados por oficiales estadounidenses, no tienen como objetivo luchar de un modo más eficaz contra el terrorismo, sino que

⁹⁶⁰ Cfr. *The New York Times* de 5 de octubre de 2007.

⁹⁶¹ En este sentido, RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 110.

⁹⁶² Como se ha indicado, esta es la postura de SCARRY y SHUE. Sin embargo, dejar la decisión *ex post facto* sobre si la tortura fue necesaria o no en manos de unos ciudadanos a quienes la Administración Bush atemoriza continuamente con el fantasma del terrorismo y que, mayoritariamente, consideran que la seguridad es, en la actualidad, de mayor calado que la libertad, tampoco se presenta como una postura idónea. En este sentido, algunos abogados defensores en casos de terrorismo han puesto de relieve que el modelo de proceso judicial posterior al 11 de septiembre, con el que el Gobierno quiere enviar un falso mensaje a la nación de que los EEUU están a salvo, se caracteriza por inducir al jurado a ir en la dirección errónea. Así, la fiscalía introduce pruebas que muestran la amenaza del terrorismo y, a continuación, relaciona esa amenaza con los acusados (cfr. *The New York Times* y *The Washington Post*, ambos de 17 de agosto de 2007). Además, como pone de relieve MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 277, en el “caso *Metzler-Gäjgen-Daschner*” (véase *supra* en el inicio del epígrafe dedicado a la tortura), más del 60% de los alemanes creían que tal conducta debía justificarse o exculparse. Por último, teniendo en cuenta que la fiscalía no persigue esta práctica (véase DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 265), es muy difícil que lleguen a juzgarse supuestos de tortura.

⁹⁶³ Esta es una de las posibilidades que propone GROSS, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, p. 241, incluso si ha habido condena judicial.

⁹⁶⁴ HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, pp. 129 ss.

están concebidos como modo de castigo después de los atentados del 11-S⁹⁶⁵, es decir, son una “respuesta apropiada”⁹⁶⁶. En este sentido, opina que dichas prácticas (atrocies) son una forma de reciprocidad⁹⁶⁷ o venganza a unos actos también considerados atroces. En definitiva, detrás de la tortura y otros tratos inhumanos está la lógica de que ante daños extremos hay que utilizar remedios extremos.

Ciertamente, conductas como las siguientes abogan por esta interpretación: ha saltado a la luz pública que, en Guantánamo, los guardias han forzado a los presos a comer cerdo y a ingerir alcohol e, incluso, les han lanzado sangre de menstruación femenina, para hacerles violar sus mandatos religiosos⁹⁶⁸. En esta línea, en abril de 2005, una investigación militar de supuestos abusos en dicha base naval concluyó que humillar sexualmente a los detenidos, obligándoles a llevar ropa interior femenina en sus cabezas, pasearlos con correas u compelerles a realizar “monerías” de perro (técnicas también usadas en *Abu Ghraib*) no son actos ilegales. Por el contrario, están autorizados por el manual del Ejército estadounidense de tierra y entran dentro de los estándares de su doctrina respecto a la interrogación. En consecuencia, con esta interpretación tan creativa y sin precedentes el informe no apreció pruebas de tortura o tratos inhumanos⁹⁶⁹.

Así, pues, tales conductas, más que idóneas para conseguir información eficaz en la lucha contra el terrorismo, parecen perseguir la humillación y el castigo de cautivos musulmanes. Sin embargo, tal forma de sanción, aparte de ser denigrante e inhumana, y, por ende, totalmente ilegítima, vulnera otros dos principios básicos del Derecho Penal liberal: prescinde de un fallo condenatorio e implanta el castigo colectivo.

⁹⁶⁵ También alude a esta cuestión RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 114, quien añade que alguno de los abusos perpetrados en *Abu Ghraib* lo fueron simplemente como modo de diversión.

⁹⁶⁶ En este sentido, véase, también, PFAFF, “The Truth about Torture”.

⁹⁶⁷ Sobre este principio, véase, también, FELDMAN, “Ugly Americans”, pp. 276 ss.

⁹⁶⁸ Cfr. DUBENSKY/LAVERY, “Torture: An Interreligious Debate”, p. 162.

⁹⁶⁹ Cfr. LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.460.

C) *Futuro —y propuesta de solución—: ¿son de aplicación las causas de exención de la responsabilidad elaboradas por la teoría jurídica del delito en algunos supuestos de tortura?*

Está fuera de toda duda que un Estado democrático de Derecho no puede elaborar normas específicas que introduzcan excepciones a la prohibición de la tortura, tengan que aplicarse *ex ante* o *ex post*, tanto por razones normativas⁹⁷⁰ como iusfilosóficas: la tortura atenta contra la dignidad humana⁹⁷¹. Por tanto, no está legitimada la regulación de autorizaciones judiciales o gubernamentales que posibiliten su práctica. Ahora bien, tampoco pueden establecerse exenciones y procedimientos concretos para supuestos de torturas, aplicables *a posteriori*.

De este modo, hay que diferenciar dos categorías entre las propuestas de solución *ex post*: en primer lugar, la de defender la regulación de la práctica de la tortura de modo específico; y, en segundo lugar, la de abogar por la aplicación de figuras generales ya previstas en la ley (y elaboradas por la teoría jurídica del delito). La primera postura es, a mi juicio, inviable, como acaba de indicarse. Ahora bien, ¿la segunda es legítima?

Ya se ha puesto de relieve que un sector de la doctrina⁹⁷² (y también el Tribunal Supremo israelí⁹⁷³) propone la aplicación del estado de necesidad en los supuestos en los que sólo es posible evitar un ataque terrorista (catastrófico e inminente) acudiendo a la tortura, esto es, en los

⁹⁷⁰ Cfr., en el ámbito interno, el art. 15 CE que establece que nadie puede ser sometido a tortura, por un lado; y, por el otro, a nivel internacional, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 2.1) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5), que forman parte del ordenamiento interno español (véase el art. 96 CE). Así, como pone de relieve MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271, en la situación legal descrita no hay espacio para un debate sobre la justificación legal de la tortura.

⁹⁷¹ Como indica GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5, existe amplio consenso sobre esta premisa.

⁹⁷² COHAN, “Torture and the Necessity Doctrine”, p. 1.631; IGNATIEFF, “Si la tortura funciona”, p. 6; PARRY, “Escalation and Necessity”, pp. 158 ss.; y PARRY/WHITE, “Interrogating Suspected Terrorists”, pp. 747-748.

⁹⁷³ Como se ha indicado (véase *supra* 2ª.V.3.A), el Tribunal Supremo de Israel, en su Sentencia de 1999, se decantó por la aplicación del estado de necesidad, en supuestos en los que sólo es posible evitar un daño recurriendo a la tortura. De este modo, abogó por la aplicación del art. 34.1 de la Ley penal israelí, que prevé lo siguiente: “una persona no será criminalmente responsable por cometer cualquier acto que sea inmediatamente necesario para salvar la vida, libertad, integridad o propiedad propia o de otra persona frente a un peligro sustancial de serio daño, en respuesta a particulares circunstancias durante un periodo determinado y ausencia de vías alternativas para evitar el daño”.

escenarios de *ticking bomb*⁹⁷⁴. Por tanto, la cuestión a analizar dentro de tal planteamiento versa sobre si puede justificarse (o exculparse) la tortura en un “caso de bomba de relojería” con base en la categoría general del estado de necesidad.

Las razones esgrimidas por los autores que defienden esta solución es que el daño causado por la muerte de (cientos, miles o millones de) personas inocentes es muy superior al provocado por el uso de la tortura⁹⁷⁵ (especialmente cuando la víctima es el sujeto responsable de la bomba⁹⁷⁶). Sin embargo, esta afirmación contradice la lógica del mal menor⁹⁷⁷, desde cualquier perspectiva que no se base en el utilitarismo del acto. Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ⁹⁷⁸, el estado de necesidad no se dirige a “salvar el bien más valioso”, sino a “solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del ‘statu quo’, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél”⁹⁷⁹. Y, en este sentido, como indica MOLINA FERNÁNDEZ, la práctica de la tortura provoca a largo plazo mayores males que los que trata de evitar⁹⁸⁰. Desde una perspectiva utilitarista basada únicamente en el acto, si sólo se compara el mal causado por la tortura y el bien producido por las vidas concretas que se han salvado, la justificación de aquélla parece plausible. Sin embargo, también debe valorarse el mal que comporta que los límites de la ponderación de intereses se desborden, dicha práctica se convierta

⁹⁷⁴ Cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 7, texto y nota 11; y MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271.

⁹⁷⁵ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 279-280.

⁹⁷⁶ Véase GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 8-10, con ulteriores referencias.

⁹⁷⁷ Como indica MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 279, “en situaciones de conflicto el Derecho debe racionalmente inclinarse por el mal menor”.

⁹⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, p. 665.

⁹⁷⁹ Según indica, que se hable de males, y no de bienes, “encierra una cuestión de vital importancia. Porque frente a un planteamiento causal naturalístico anclado en la mera ponderación de los bienes lesionados, una perspectiva valorativa, como es la que corresponde a un término del cariz de ‘mal’, debe examinar la pluralidad de aspectos y elementos concurrentes en la situación” (SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, p. 665).

⁹⁸⁰ A juicio de MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 279 ss., no cabe justificar la tortura por dos razones, siendo la primera de las cuales que “falta base material para la justificación: pese a las apariencias, provoca mayores males de los que trata de evitar (argumento material)” (además, añade, como segundo argumento [de legalidad], que “la cuestión ya está resuelta en una regla específica que concreta para este caso la ponderación y con ello cierra el camino a una invocación en otro sentido de la regla general presente en el estado de necesidad”).

en una medida política de poder⁹⁸¹ y la seguridad pase a ser el único interés protegible por el Estado, a costa de las libertades individuales⁹⁸².

Una vez la caja de Pandora ha sido abierta⁹⁸³, ¿podría torturarse al insolitario —que no ha colocado la bomba pero, por casualidad, conoce su ubicación— para salvar la vida de miles de personas?; ¿y, a la madre del terrorista, quien sabe donde está su hijo, el cual, tal vez, les indicará el momento y el lugar en los que la explosión tendrá lugar? ⁹⁸⁴; e, incluso,

⁹⁸¹ MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 280. En el mismo sentido, HEYMANN, “Torture Should Not be Authorized”, p. 217, considera que los costes a largo plazo de cualquier sistema que autorice la tortura, abierta o tácitamente, es mayor que los beneficios a corto plazo; e IGNATIEFF, *El mal menor*, pp. 184-185, afirma, a raíz de la postura de DERSHOWITZ, que “la legalización de la fuerza física en los interrogatorios aceleraría el proceso mediante el cual se convertiría en rutina. El problema con la tortura no es sólo que se escape de las manos, sino que se convierta en algo descontrolado. Lo malo de la tortura es que inflige un daño irremediable tanto en el torturador como en el prisionero. Viola los compromisos fundamentales con la dignidad humana, y éste es el valor central que una guerra contra el terror, librada por un Estado democrático, no debería sacrificar, ni siquiera bajo la amenaza de un ataque inminente”. Véase, también, BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, pp. 362 ss. Ahondando en esta última idea, HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, p. 124, pone de relieve tres motivos por los que las pérdidas a largo plazo de utilizar dicha práctica son mucho mayores que las ganancias a corto plazo: la primera, de corte individualista, versa sobre las consecuencias físicas y psíquicas que quedan en los torturados; la segunda se refiere a la reputación en el extranjero del Estado que la practica; y, la tercera está relacionada con las consecuencias, a saber, su uso radicaliza a los potenciales enemigos en vez de pacificarlos. En este sentido, COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, p. 193, aluden a la radicalización del bando al que pertenecen los sujetos torturados, el cual, a raíz de la tortura, posiblemente ejecutarán más actos terroristas; y PEARLSTEIN, “Reconciling Torture With Democracy”, p. 4, afirma que existen evidencias sobre la radicalización de la opinión pública iraquí contra las fuerzas de los EEUU. Así, por ejemplo, indica que se difundió a través de Internet una llamada a los guerreros santos de Irak para vengarse de las torturas practicadas en *Abu Ghraib*. En la misma línea, IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 186, explica que “los miembros del grupo Hermanos Musulmanes, torturados en el periodo que siguió al asesinato de Anuar el Sadat, desarrollaron esta clase de odio, tanto contra el régimen egipcio como contra su aliado estratégico, Estados Unidos. Entre las víctimas de esa tortura estaba el segundo dirigente al mando del grupo de Osama Bin Laden”.

⁹⁸² En este sentido, más allá del escenario de *ticking bomb*, en la balanza de la tortura se sitúan el imperativo de la seguridad nacional contra la dignidad de las personas (véase MCCARTHY, “Torture: Thinking about the Unthinkable”, p. 99). También HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, p. 124, pone de relieve que la tortura limita la libertad en orden a un incremento de la seguridad.

⁹⁸³ También usa esta expresión SHUE, “Torture”, p. 47.

⁹⁸⁴ Como indica MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 280, “la lógica del mal menor, si no se filtra adecuadamente, resulta perversa. ¿Por qué no continuar las torturas con inocentes, por ejemplo hijos del supuesto terrorista?; ¿Por qué no justificar cualquier otra lesión de derechos? ¿Allanamiento de morada, violación de correspondencia, prisión privada, etc., todo para

¿sería posible arrasar una aldea entera donde habitan terroristas que quizás estuvieran planeando un ataque mundial?⁹⁸⁵ En este sentido, son representativas las siguientes palabras: “la historia muestra cómo la tortura no puede limitarse (...) Tan pronto como su uso es permitido una vez, así, por ejemplo, en una circunstancia extrema como es una bomba, es lógico usarla tanto sobre aquéllos que podrían colocarla, como en quienes podrían pensarlo o, incluso, respecto a la gente que defiende a los que podrían plantearselo”⁹⁸⁶. De hecho, no hace falta retroceder mucho en la historia para encontrar ejemplos de cuán peligrosa resulta la lógica de la “seguridad a toda costa”.

Por ejemplo, la experiencia palestino-israelí demuestra la facilidad con que puede flexibilizarse el concepto “necesidad”. Como se ha indicado⁹⁸⁷, desde 1987 la tortura de terroristas palestinos sospechosos en Israel fue legitimada en supuestos de peligrosidad excepcional con base en este argumento. Sin embargo, las fuerzas de seguridad nunca identificaron ningún sospechoso que tuviera conocimiento sobre una bomba que fuera a estallar inminentemente. Por el contrario, justificaron cualquier tortura de quien pudiera tener alguna información sobre una futura actividad terrorista no especificada. Así, fueron torturados entre el 80% y el 94%-según el estudio- de los sujetos detenidos bajo la vigencia del informe *Landau*⁹⁸⁸.

conseguir desarmar la bomba?”. Se hace las mismas preguntas ROTH, “Torture Is Never Justified”, p. 14.

⁹⁸⁵ Piénsese que en la ponderación de intereses del estado de necesidad la doctrina considera que también hay que tener en cuenta el daño esperado de la situación de peligro y la probabilidad de que éste ocurra (SÁNCHEZ GARCÍA, “El Principio Constitucional de Proporcionalidad en el Derecho Penal”, p. 1.121). Así, como indica ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 677, “aunque el peligro de que un accidentado muera o sufra daños en su salud si no se le transporta de inmediato al hospital sea de un 10%, de todos modos tiene sentido justificar por el § 34 [estado de necesidad] la utilización de un vehículo ajeno” (analiza esta cuestión con detalle BERMEJO, “La ponderación de intereses en el estado de necesidad”, pp. 948 ss.). Ahora bien, obsérvese cómo esta lógica, la cual tiene mucho sentido en el ejemplo propuesto por el autor alemán, es perfectamente trasladable a los supuestos de tortura. Así, a juicio de POSNER, “Torture, Terrorism and Interrogation”, p. 294, una **pequeña posibilidad** de que un terrorista ande suelto con una bomba nuclear, la cual podría matar a miles o millones de personas si se materializase el riesgo, convierte en convincente el argumento en favor de la tortura.

⁹⁸⁶ Cfr. RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 114.

⁹⁸⁷ *Supra* 2ª.V.3.A.

⁹⁸⁸ Véase RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 113-114. En el mismo sentido, PARRY/WHITE, “Interrogating Suspected Terrorists”, p. 758, ponen de relieve que después de que la Comisión *Landau* autorizara en Israel el uso de la fuerza

Es más, como se ha puesto de relieve, en la actualidad basta echar una ojeada a la práctica de la tortura como uno de los métodos utilizados en la “guerra contra el terrorismo”⁹⁸⁹: “se justifica originalmente como un mal menor, como una necesidad lamentable en la lucha para extraer información a tiempo de evitar males mayores, y sin prisa pero sin pausa se convierte en una técnica estándar, explícitamente utilizada para humillar, aterrorizar, degradar y someter a poblaciones enteras”⁹⁹⁰.

Ciertamente, los supuestos de tortura en Irak, Guantánamo y Afganistán tampoco han sido confinados a los casos de *ticking bomb*. Las autoridades americanas aseguran que han obtenido información sobre *Al Qaeda* y respecto a las redes terroristas a raíz de tales interrogaciones. Por tanto, dichos métodos no se han circunscrito a supuestos de un ataque inminente y catastrófico compatible con la justificación basada en los escenarios de la bomba de relojería⁹⁹¹.

Descartada, pues, la solución del estado de necesidad, ¿significa que el recurso a la tortura nunca puede justificarse? En mi opinión, la respuesta a este interrogante es “no”. Los casos de *ticking bomb* o de “Harry el sucio”⁹⁹² verdaderamente problemáticos, y con los que se apela a los sentimientos⁹⁹³ —en vez de a la razón— tienen una estructura de legítima

física moderada como método de interrogación en supuestos excepcionales con base en el estado de necesidad, los servicios de seguridad torturaron al 85% de los detenidos.

⁹⁸⁹ En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 281.

⁹⁹⁰ IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 180.

⁹⁹¹ Igualmente, respecto a la detención de sospechosos sin necesidad de acusarlos de ningún delito para determinar si son una amenaza, COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, pp. 196 ss., aluden al peligro de que se acabe deteniendo a sujetos que no representen riesgo alguno. En este sentido, es ilustrativo el caso estadounidense pos 11-S (al que se hizo referencia *supra* 1^a.IV.2), que se saldó, por un lado, con cinco mil detenidos nacionales, ninguno de los cuales fue acusado ni condenado por tales hechos; y, por el otro, con sólo el 8% de los detenidos en Guantánamo hasta 2006 como sospechosos de ser luchadores de *Al Qaeda* o del régimen talibán.

⁹⁹² La doctrina estadounidense también alude al “caso de Harry el sucio”, en referencia a la película protagonizada por Clint Eastwood. Así, en una secuencia de este film, un sujeto secuestra a una niña y la deja en un lugar en el que morirá asfixiada si no es rescatada, de modo que cuando el oficial Harry da con el secuestrador, y éste le explica las circunstancias en que se halla la víctima, le tortura para conocer su paradero (véase STEINHOFF, “Torture — The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 342).

⁹⁹³ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 281.

defensa de terceros⁹⁹⁴. Así, el caso de un explosivo con temporizador que ya está en marcha y listo para estallar, cuando su autor, detenido, es el único que conoce el código para desactivarlo, es estructuralmente idéntico a aquél en el que un sujeto está a punto de apretar el dispositivo de una bomba y un agente de la autoridad le tiene a tiro⁹⁹⁵. En este segundo supuesto, la muerte del terrorista está justificada en aplicación de la legítima defensa de terceros⁹⁹⁶. Por tanto, ¿es posible apreciar esta eximente en caso de concurrir un hecho típico constitutivo de delito de tortura, del mismo modo que ocurre respecto a los homicidios, las lesiones o las violaciones? ¿O, por el contrario, dicha práctica contiene unas características tales que conllevan que no pueda justificarse nunca?

En primer lugar, hay autores que aluden a la dignidad humana (que resulta atacada por la tortura) como bien de tal calibre cuyo ataque no es posible de justificar bajo ninguna circunstancia⁹⁹⁷. Sin embargo, tal solución plantea, a mi modo de ver, dos problemas. Por un lado, no se aporta ningún argumento lo suficientemente sólido e incontrovertido que demuestre que la dignidad o la integridad moral de una persona es un

⁹⁹⁴ En el mismo sentido, STEINHOFF, “Torture — The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 342.

⁹⁹⁵ También alude a este paralelismo GERSTEIN, “¿Tienen derechos los terroristas?”, p. 103. Ciertamente, cabe indicar que puede alegarse la existencia de una diferencia estructural entre ambos supuestos, a saber, que en el primero existe una agresión mediante acción mientras que en el segundo el ataque es producto de una omisión. Ahora bien, basten dos motivos para fundamentar la concurrencia de una situación de legítima defensa de todos modos: en primer lugar, si bien es cierto que en los supuestos de *ticking bomb* el terrorista omite dar información relevante para desactivar el artefacto, ésta es producto de una acción precedente dolosa, por lo que la omisión puede verse subsumida en aquélla; y, en segundo lugar, como indica PALERMO, *La legítima defensa*, pp. 276-277, “es posible reaccionar en legítima defensa tanto contra una acción como contra una omisión, siempre y cuando el quebrantamiento de la prohibición o el mandato se fundamente en la infracción de un deber negativo” —por el contrario, el cumplimiento de un deber positivo no puede exigirse mediante legítima defensa, sino que sólo cabe el estado de necesidad—. Así, puesto que el terrorista detenido “organizó” la colocación precedente de la bomba, su omisión posterior quebranta un deber negativo y, por tanto, puede reaccionarse en legítima defensa frente a ésta.

⁹⁹⁶ Del mismo modo, el intento de asesinato de una persona secuestrada que se encuentra en un lugar sólo conocido por el autor de los hechos (éste es el “caso de Harry el sucio”, en el que el autor admite que su víctima morirá por asfixia) es estructuralmente idéntico a aquél en el que el secuestrador de un banco intenta huir utilizando a un rehén como escudo. Por tanto, si en este segundo supuesto no hay duda de que disparar y matar al autor de los hechos está justificado por aplicación de la legítima defensa, también tiene que estar justificada la tortura cometida en el primer caso.

⁹⁹⁷ Recientemente GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 11 ss., con ulteriores referencias.

bien de mayor relevancia que su vida⁹⁹⁸. Por tanto, si matar puede estar justificado mediante la legítima defensa, también puede estarlo torturar⁹⁹⁹. Por el otro lado, si la prohibición absoluta de esta práctica se fundamenta en el mero atentado contra la dignidad de las personas, la tortura cometida por particular también debería ser típica, puesto que la conducta en sí es idéntica y vulnera el mismo bien jurídico. Sin embargo, la tortura sólo se castiga como forma de violencia patrocinada por el Estado, esto es, cuando el sujeto activo es un funcionario público¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ Uno de los (dos) argumentos de GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 11 ss., para rechazar la justificación de la tortura es el siguiente: si la tortura atenta contra la dignidad humana, pero debe autorizarse en los casos de las bombas de relojería, porque el candidato a la tortura ha provocado de manera responsable la situación”, se propone “de manera implícita la regla según la cual: *la dignidad [es] algo que p[uede] perderse por el comportamiento precedente propio (“regla de la caducidad”)*. Aquél que se ha comportado mal pierde, a causa de su mal comportamiento, la pretensión de no ser torturado y que su dignidad humana sea respetada”. Sin embargo, también quien intenta cometer un homicidio, una vez comienza la tentativa, pierde la pretensión de que no se le mate y que su derecho a la vida sea respetado. De este modo, en mi opinión, hay que argumentar por qué la dignidad humana es un bien superior a la vida que no puede perderse ni por el propio actuar precedente, lo que GRECO no hace (respecto a esta cuestión, SUSSMAN, “What’s wrong with torture?”, p. 4, fundamenta la mayor gravedad de la tortura, en relación a otros tipos de violencia característicos de la acción policial, en que la tortura fuerza a su víctima a estar en una posición en la que tiene que operar en secreto contra sus propios afectos y emociones. De este modo, el torturado se experimenta a sí mismo como cómplice en su propia violación, lo que conlleva una vulneración de la autonomía de la víctima y una farsa en las relaciones morales básicas de las que un individuo es portador con uno mismo y con los otros. A su juicio, la tortura no es sólo una extrema forma de crueldad, sino también una traición con uno mismo; en el mismo sentido, véase RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 115-116; por el contrario, es crítico con esta postura STEINHOFF, “Torture — The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 339).

⁹⁹⁹ En el mismo sentido, GUR-ARYE, “Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?”, pp. 191 ss.; MOORE, “Torture and the Balance of Evils”, p. 323; y STEINHOFF, “Torture — The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, *passim*, pp. 337 y 342. A juicio de este último autor, tanto el supuesto de *ticking bomb* como el de “Harry el sucio” están justificados por aplicación de la legítima defensa. Sin embargo, según afirma, el espectro de supuestos en los que es posible torturar en legítima defensa es más amplio que el que permite esta causa de justificación según las normas generales elaboradas por la dogmática de la teoría jurídica del delito. En su opinión, el miembro de un grupo terrorista podría ser torturado, incluso si no sabe donde está la bomba y también acepta el riesgo de torturar a un inocente (pp. 344-345).

¹⁰⁰⁰ El art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que sólo pueden constituir actos de tortura los “*infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia*”; y, el art. 174 CP alude a la autoridad o funcionario público en su apartado primero, y, en el segundo, a la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias y de centros de protección o corrección de menores, como únicos sujetos activos de este delito. Por tanto, la tortura cometida por

De hecho, tal configuración legal pone de relieve donde reside el verdadero peligro de permitir esta práctica: hay que mantener la tortura desterrada de los ordenamientos jurídicos democráticos no tanto por el bien jurídico individual atacado en sí, sino, principalmente, por quién y cómo se vulnera. A saber, su utilización institucionalizada puede convertirse en una medida de abuso por parte del poder estatal¹⁰⁰¹, situación que, en último término, conllevaría el fin de las normas que rigen una democracia¹⁰⁰². Como indica IGNATIEFF¹⁰⁰³, “las democracias limitan los poderes que los gobiernos pueden justificadamente ejercer sobre los seres humanos que gobiernan”, y “estas limitaciones incluyen una prohibición absoluta de someter a las personas a formas de dolor que les despojan de su dignidad, su identidad e incluso su cordura”. De aquí que, como se acaba de indicar, la apreciación del estado de necesidad no sea posible en supuestos de tortura. La realidad demuestra que dejar en las manos de un gobierno la decisión a favor de esta práctica es un mal superior que la eventual muerte de civiles, cualquiera que sea el número que se quiera poner en la balanza, puesto que la experiencia demuestra que se abusa de ella¹⁰⁰⁴.

Sin embargo, los requisitos exigidos para aplicar la legítima defensa impiden, precisamente, la existencia de una política sistemática de torturas indiscriminadas, como medio para alcanzar mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo. Los límites (legales y doctrinales) de esta causa de justificación imposibilitan la denominada “rotura de dique”, es decir, evitan que esa posición de poder se perpetúe y se abuse de su práctica¹⁰⁰⁵.

particulares no es punible como tal, sino como forma de lesiones, amenazas y/o delitos contra la integridad moral.

¹⁰⁰¹ En este sentido, IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 181, pone de relieve que “la democracia liberal está contra la tortura porque está en contra de cualquier uso ilimitado del poder público contra los seres humanos, y la tortura es la forma de poder más desenfrenado que una persona puede ejercer contra otra”.

¹⁰⁰² En este sentido, véase GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 42; y MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, p. 118.

¹⁰⁰³ IGNATIEFF, “Si la tortura funciona”, p. 7.

¹⁰⁰⁴ En el mismo sentido, RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 114.

¹⁰⁰⁵ Además, hay que indicar que la solución de la legítima defensa también resulta inviable para quienes consideran que esta causa de justificación no ampara en su actuación a los miembros de los cuerpos de seguridad (de esta opinión, PALERMO, *La legítima defensa, passim*, pp. 364 ss.; y QUERALT JIMÉNEZ, “Tirar a matar”, *passim*, pp. 734 ss., con ulteriores referencias). Sin embargo, como estos autores ponen de relieve, un amplio sector doctrinal (que según PALERMO, p. 365, es el dominante) afirma que la legítima defensa sí es predicable respecto a los agentes de la autoridad (sobre esta

La doctrina alude a los peligros de la “rotura de dique” en referencia a la posibilidad de que la tortura se expanda una vez se ha aceptado permitirla en algunos casos¹⁰⁰⁶, lo que viene propiciado por los supuestos de la bomba de relojería. Como apunta MOLINA FERNÁNDEZ¹⁰⁰⁷, el caso de *ticking bomb* nuclear es hipotético, puesto que difícilmente puede llegar a darse, y emotivamente muy cargado. De este modo, “una vez que se obtiene una primera concesión no hay más que ir bajando por la pendiente resbaladiza para alcanzar en poco tiempo el régimen ordinario del terror”¹⁰⁰⁸. Sin embargo, en mi opinión, la aplicación de los requisitos generales de la legítima defensa impide esta “rotura de dique” o “pendiente resbaladiza” a la que aluden los citados autores, es decir, evita el problema de que la práctica de la tortura se implante y provoque un daño permanente al ordenamiento jurídico. Por tanto, incluso aceptando las dos siguientes premisas: que el sistema integral de justificación está “presidido por el estado de necesidad como regla general y acompañado de otras causas con grados de especialidad creciente”; por lo que “en situaciones de conflicto el Derecho debe

cuestión, véase, también, GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, pp. 954-955). Así, uno de los argumentos usados para sostener esta postura se basa en que negar la legítima defensa a dichos sujetos supone situarlos en una posición comparativamente inferior en cuanto a sus posibilidades de defensa en relación con el resto de los ciudadanos. Por el contrario, a juicio de QUERALT JIMÉNEZ (p. 736), “no se coloca en peor situación al agente de policía por negarle la defensa propia o de terceros, sino que, precisamente, por hacer de la defensa de terceros su profesión y su deber está en posesión de medios y conocimientos muy superiores a los de los particulares, lo que tiene como consecuencia que su operatividad sea mucho más efectiva y así debe serle exigido”. Ahora bien, en mi opinión, tal criterio sirve para interpretar y adaptar el requisito de la necesidad racional del medio empleado en caso de que sea un policía quien se defienda de una agresión ilegítima, pero no para negarle esta facultad.

¹⁰⁰⁶ Cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 17-18, con ulteriores referencias, quien utiliza este argumento como secundario a favor de la prohibición absoluta de la tortura.

¹⁰⁰⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 282.

¹⁰⁰⁸ Lo que, en su opinión, representa un mal mayor. Es decir, a su juicio, “el argumento de la *ticking bomb* opera como un caballo de Troya. Le abrimos las puertas y finalmente la fortaleza de los derechos humanos es tomada” (MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 280. En el mismo sentido, GERSTEIN, “¿Tienen derechos los terroristas?”, p. 106). También DRATEL, “The curius debate”, p. 112, alude a esta pendiente (*slippery slope*), y se pregunta dónde se encuentra un final racional, esto es, si puede pararse una vez se acepta como válido el uso de la tortura. Y, es que, como indican COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, p. 191, el fenómeno de la pendiente resbaladiza sugiere que una vez las autoridades se ven libres para crear reglas destinadas a hacer frente a situaciones de emergencia, se incrementa la probabilidad de emplear tales poderes en momentos en los que ya no exista emergencia alguna.

racionalmente inclinarse por el mal Menor” **en cualquier propuesta de justificación**¹⁰⁰⁹; en un verdadero caso de *ticking bomb* las normas de la legítima defensa optan por el mal menor, es decir, se salvan vidas humanas y no hay posibilidad de justificar ningún Guantánamo con base en sus postulados.

De entrada, es esencial distinguir entre la “tortura preventiva” y la “tortura reactiva”. La legítima defensa sólo es posible frente a una agresión ilegítima, esto es, como resistencia u oposición a un hecho en fase de tentativa que no se haya consumado¹⁰¹⁰. Desde esta perspectiva, la acción defensiva es, precisamente, reacción a ese acto prohibido, no prevención, de modo que “no forman parte del ámbito regulativo de la legítima defensa las ‘defensas’ que se anticipan netamente a la agresión”, lo que sucede en “los casos de ‘defensa’ frente a *agresiones futuras*”, esto es, en “los supuestos llamados de *‘legítima defensa’ preventiva*”¹⁰¹¹. Por el contrario, los servicios de seguridad de Israel o los EEUU¹⁰¹² están

¹⁰⁰⁹ Ésta es la opinión de MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 278-280.

¹⁰¹⁰ Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 284 ss. Como pone de relieve el citado autor, la actualidad de la agresión es un requisito esencial de la eximente, aunque ya no es tan pacífica la propia delimitación de lo que deba entenderse por “actual”. Una de las soluciones, la cual es la acogida por BALDÓ LAVILLA y también es la que se sigue en este trabajo, es la de la tentativa, de modo que no se consideran ilegítimas las agresiones futuras y las agresiones en fase de preparación. Por el contrario, a juicio de ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 619-620, aunque la equiparación de la actualidad de la agresión con el comienzo de la tentativa es una solución ampliamente acogida por la doctrina penalista, es teleológicamente equivocada. En su opinión, junto a la tentativa también puede considerarse agresión actual la estrecha fase final de los actos preparatorios.

¹⁰¹¹ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 290 ss. Este autor trata la figura de la legítima defensa preventiva vía estado de necesidad defensivo.

¹⁰¹² Alberto Gonzales es el responsable de un memorando, fechado el 1 de agosto de 2002, cuando desempeñaba el cargo de Consejero de la presidencia, “en el que se pretende dar sustento a la legalidad de actos de tortura a prisioneros sospechosos de terrorismo realizados fuera de EEUU” (*Memorandum for Alberto Gonzales. Counsel to the President. Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*). Disponible en internet: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf>; última fecha de visita el 30 de septiembre de 2007; y, en GREENBERG/DRATEL (eds.), *The Torture Papers*, pp. 172 ss.). Para ello, entre otros argumentos (sobre estos véase LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb” [2ª versión], pp. 57 ss. y 67-68), acude a las figuras de la legítima defensa y del estado de necesidad. En primer lugar, con base en la legítima defensa (de terceros) concluye que ésta es aplicable a un sujeto que tortura para prevenir futuros ataques terroristas, puesto que actúa para proteger a otros. Sin embargo, como apunta LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb” (2ª versión), pp. 62-64, la legítima defensa presupone un ataque, y en los supuestos de defensa preventiva el torturado no está agrediendo a nadie. En segundo lugar, con base en la causa (supralegal) del estado de necesidad, concluye “que cualquier mal que pudiera causarse durante un interrogatorio es

utilizando la tortura, precisamente, como método de prevención de atentados terroristas que **podrían** producirse en el futuro, esto es, de los que se sospecha que se están planeando o preparando, o más lejos todavía, que podrían llegar a planearse o prepararse. Por tanto, la inminencia de los escenarios de *ticking bomb* sólo puede ser entendida en el sentido de agresión ilegítima en la legítima defensa, lo que implica comienzo de tentativa¹⁰¹³, y no preparación, o, mucho menos, posibilidad de ataque¹⁰¹⁴.

En segundo lugar, la legítima defensa sólo permite reaccionar contra los autores (o partícipes¹⁰¹⁵) del ataque, es decir, contra los agresores¹⁰¹⁶. De

‘insignificante’ si se compara con el mal evitable, la probable muerte de miles de personas por nuevos atentados como el de las torres gemelas, **en preparación** por células terroristas internacionales”. Así, “como nada hay más importante que obtener información vital para la protección de miles de ciudadanos americanos, las limitaciones a la tortura podrán no aplicarse” (cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 276-277, negrita añadida). Son muy críticos con el citado memorando LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb” (2ª versión), pp. 55 ss.; y WALDRON, “Torture and Positive Law”, p. 1.683.

¹⁰¹³ Ciertamente, el comienzo de la tentativa es una de las cuestiones más debatidas en Derecho Penal (véase ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría, passim*, pp. 17 ss.). Ahora bien, siguiendo la teoría de los actos intermedios, la cual retrasa el inicio de la ejecución al momento en que exista inmediatez de la acción e inmediatez temporal (p. 70), hay muy poco espacio para la tortura justificada. Así, la tentativa en un caso de *ticking bomb* comienza cuando el autor se aproxima directamente a accionar el detonador (p. 80). Por tanto, la práctica de la tortura sólo es posible cuando la bomba ya está en marcha (aunque todavía falten horas o, incluso, algunos días para estallar, puesto que la ausencia de inmediatez temporal no quiebra la “unidad de ataque”; p. 80). No obstante, téngase presente que cuanto más tiempo haya de transcurrir para que el artefacto en funcionamiento explote, más posibilidades habrá de conseguir su desactivación a través de otros medios, por lo que faltará el requisito de la “necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo” (véase a continuación en el texto de este apartado). Además, en los supuestos de fases intermedias retardadas (pp. 79-80), esto es, cuando un terrorista deja listo un dispositivo explosivo para accionarlo con posterioridad, no cabe la tortura. Por tanto, si se detiene a un sujeto que ha colocado una bomba que tiene que ser detonada por un tercero, puesto que la tentativa no habrá comenzado con la simple colocación (sino cuando este otro terrorista se dirija a accionar el dispositivo), no es posible torturar al preso.

¹⁰¹⁴ En este sentido, la Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 6 de septiembre de 1999, admite la tortura para preservar la vida humana en caso de necesidad inminente. Sin embargo, el criterio de la inminencia “es satisfecho incluso si la bomba está preparada para explotar días después, o quizás incluso en algunas semanas, siempre que el peligro sea cierto y no haya alternativa para prevenirlo”.

¹⁰¹⁵ En la doctrina no se especifica si es posible actuar en legítima defensa contra el partícipe en una agresión ilegítima. Ciertamente, no es fácil imaginar casos en los que atentar contra el cooperador puede evitar el mal que se cierne sobre el agredido. Sin embargo, el siguiente supuesto constituye un ejemplo: en una violación, el sujeto A (autor) es quien tiene acceso carnal sobre la víctima, mientras el sujeto B (partícipe), de

este modo, se derivan dos consecuencias: por un lado, no podría torturarse al insolidario¹⁰¹⁷; ni, por el otro, a una persona sin indicios de su intervención consciente en los hechos. Indicios cuyo parámetro de verosimilitud debería ser el del espectador normativo *ex ante* en la situación del autor, el cual también hubiese optado por tortura¹⁰¹⁸, esto

compleción más robusta, la mantiene inmóvil. Ante esta situación, un policía dispara contra B causándole una lesión, puesto que no tiene a tiro al autor material de los hechos, siendo éste el único modo de evitar la agresión sexual que está teniendo lugar. Así, pues, es perfectamente defendible que la conducta de tal agente está justificada al actuar en legítima defensa de terceros, sin vulnerar las normas generales de esta institución. Por tanto, en un supuesto de *ticking bomb*, también podría torturarse al partícipe en el hecho que, pese a no haber activado la bomba, ha intervenido antes o durante su ejecución y conoce la clave de desactivación: por ejemplo, ha sido quien ha confeccionado el artefacto explosivo. En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, p. 955, texto y nota 11, indica que la legítima defensa exige que el torturado haya intervenido, es decir, que haya sido autor o partícipe, en el secuestro o en la colocación del explosivo.

¹⁰¹⁶ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 263, pone de relieve que la situación de defensa necesaria “requiere intervenir en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto plenamente competente por la fuente de peligro amenazante”; y PALERMO, *La legítima defensa*, p. 377, considera que, en una situación de legítima defensa, el peligro de lesión no puede serle atribuido a un tercero, “sino que es el agresor quien debe cargar con las consecuencias del curso lesivo que él mismo ha generado responsablemente”. De la misma opinión es GAETA, “May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorist?”, p. 791, quien indica que en la legítima defensa, a diferencia del estado de necesidad, el crimen se comete contra la persona quien ha infringido la ley, atacando a otros. Véase, también, GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, p. 955, quien pone de relieve que la tortura ha de limitarse a la persona del agresor.

¹⁰¹⁷ Además, respecto a esta cuestión, por un lado, la doctrina dominante se muestra contraria a incluir las omisiones propias en el concepto de agresión, con el argumento de que el omitente no tiene el deber de evitar el resultado (cfr. PALERMO, *La legítima defensa*, *passim*, p. 276); y, por el otro, hay que indicar que aunque a juicio de este autor tal conclusión parte de un punto de partida metodológicamente cuestionable, PALERMO llega a la misma solución de todos modos (pp. 276-277). En su opinión, se trataría de un caso de omisión que infringiría un mandato positivo, lo que imposibilita la aplicación de la legítima defensa.

¹⁰¹⁸ Es cierto que siempre podrá producirse un error. Sin embargo, si la percepción de ese espectador normativo fuese que el detenido intervino en los hechos y conocía la clave de desactivación, tal error (sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación) será invencible, por lo que nos hallaremos ante un caso de legítima defensa putativa que exime totalmente de pena (cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 268 y 294 ss.). Ahora bien, en caso de tratarse de un error vencible, la solución en el ordenamiento jurídico español también podrá ser el de la impunidad, según el tratamiento que se dé a dicho error. Así, con base en la teoría del dolo, si se considera que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación excluye tal elemento, aquél se tratará como un error de tipo. Por tanto, si es vencible constituirá una imprudencia que, en los supuestos de tortura, no está expresamente tipificada en nuestro Código Penal. Por el contrario, si se sigue la teoría estricta de la culpabilidad, según la cual el error sobre una causa de justificación será siempre error de prohibición que

es, una posibilidad rayana a la certeza para cualquier persona¹⁰¹⁹. Precisamente, tal requisito es el que convierte en muy improbable un verdadero caso de *ticking bomb*¹⁰²⁰, aunque no en imposible.

Así, la crítica de LUBAN¹⁰²¹ a MOORE¹⁰²² se basa en que la solución de la legítima defensa no es aplicable cuando hay dudas sobre la propia agresión o sobre si se evitará el mal, y da a entender que este conocimiento nunca será total en la práctica (por lo que faltarán las premisas para su aplicación). Ahora bien, respecto al conocimiento de la agresión podría suceder que un policía detuviese al terrorista justo después de la activación del dispositivo y en ese mismo lugar. Y, por lo que se refiere al conocimiento seguro de la evitación del mal, la legítima defensa no requiere que haya seguridad absoluta de salvación. Si, por ejemplo, un policía abate a tiros a un sujeto que está intentando matar a una tercera persona, pero el agresor, antes de morir, consigue de todos modos su objetivo, la conducta del agente también está justificada.

En tercer lugar, sólo cuando no exista una posibilidad menos lesiva de obtener el mismo resultado la tortura estará justificada (necesidad en concreto)¹⁰²³. Así, por ejemplo, si se trata de una bomba que puede ser desactivada por los cuerpos especiales de la policía, falta la necesidad en abstracto de la legítima defensa.

atenúa la pena si es vencible (art. 14.3 CP), tal hecho podrá castigarse, aunque con una pena inferior en uno o dos grados (cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 440-441). En definitiva, pues, las normas elaboradas por la teoría jurídica del delito para esta clase de error también pueden ser aplicables a un supuesto de tortura.

¹⁰¹⁹ Ciertamente, si se quieren evitar abusos, la probabilidad de que el sujeto detenido tenga información crucial sobre el código de desactivación y/o el lugar donde se halla la bomba ha de ser muy alta (véanse GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, p. 955; y LUBAN, “Liberalism, Torture, And The Ticking Bomb”, p. 1.442).

¹⁰²⁰ Como indica SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, pp. 284, el escenario de “ticking bomb” es altamente improbable. Y, en efecto, no lo es tanto porque no se den en la práctica estos casos, sino porque la seguridad de que la persona detenida y torturada sepa el código de desconexión de un artefacto a punto de estallar (o el paradero de una persona secuestrada) es muy difícil (cfr., también, WEISBERG, “Loose Professionalism”, p. 304).

¹⁰²¹ LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb” (2ª versión), p. 64.

¹⁰²² MOORE, “Torture and the Balance of Evils”, p. 323.

¹⁰²³ Es decir, cuando falte el requisito de la necesidad racional del medio empleado (art. 20.4º CP), debido a que la información podría obtenerse a través de mecanismos que no implicasen el uso de la tortura, esta práctica tampoco estará justificada (en el mismo sentido, SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, p. 285).

En conclusión, pues, en el ámbito del terrorismo el caso propuesto es más de laboratorio que real¹⁰²⁴, y queda muy lejos de Guantánamo y *Abu Gbraib*¹⁰²⁵. Ciertamente, existe una gran diferencia entre torturar a alguien para salvar la vida de muchas personas, en una situación de legítima defensa, que hacerlo de modo indiscriminado para conseguir pruebas e indicios que hagan avanzar una investigación sobre la actividad terrorista¹⁰²⁶. Por tanto, justificación de la tortura con base en la ponderación de intereses del estado de necesidad y justificación de la tortura mediante la legítima defensa son cosas totalmente distintas¹⁰²⁷, a mi modo de ver¹⁰²⁸.

¹⁰²⁴ En este sentido, BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, pp. 358-359, consideran que los casos de *ticking bomb* son tan improbables, que tienen más afinidad con la ciencia ficción que con la ciencia política.

¹⁰²⁵ En el mismo sentido, SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, p. 282; STEINHOFF, “Torture — The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 348, quien pone de relieve que las torturas que suceden o han sucedido en *Abu Gbraib*, Afganistán y Guantánamo no tienen nada que ver con los casos de *ticking bomb* o de rehenes que morirán si no son rescatados. Y añade que lo mismo puede decirse de la mayoría de otros supuestos de tortura. En realidad, afirma, los supuestos de *ticking bomb* y de “Harry el sucio” son excepcionales; y WALDRON, “Torture and Positive Law”, p. 1.717.

¹⁰²⁶ Como pone de relieve WALDRON, “Torture and Positive Law”, p. 1.715, lejos de los casos de *ticking bomb*, la tortura está siendo utilizada por los servicios americanos para acumular montones de pequeñas piezas de información insignificante, que sólo podrían convertirse en relevantes cuando se acumulen con otras piezas obtenidas por el mismo u otros caminos. También en este sentido GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, pp. 958 ss., indica que la mal llamada guerra permanente contra el terrorismo pretende justificar la tortura desvinculada de las situaciones de inminente riesgo o actualidad de una agresión ilegítima, lo que es ilegítimo.

¹⁰²⁷ De otra opinión, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “¿Justificación de la tortura?”, pp. 696 y 705, con ulteriores referencias (p. 696, nota 5), considera que es imposible la justificación penal de cualquier acto de tortura.

¹⁰²⁸ En mi opinión, la prohibición específica de la tortura tiene que analizarse en relación con esta distinción. Ciertamente, tanto el art. 15 CE como el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establecen que nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes. Por su parte, el art. 2.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prevé que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”. Así, a juicio de MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 281-282, tales preceptos recogen “prohibiciones absolutas de justificación”. Sin embargo, aunque infiere que de este modo se zanja “la posible invocación del estado de necesidad ante los tribunales”, no menciona la legítima defensa. Además, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “¿Justificación de la tortura?”, pp. 700 ss., indica que la previsión del art. 2.2 de la Convención contra la Tortura no es de carácter absoluto y posibilita la aplicación de las causas de justificación previstas en el Código Penal. Según pone de relieve, dicho precepto no incluye la prohibición de la tortura como método de investigación para luchar contra determinados fenómenos delictivos, lo que parece un supuesto de no justificación conscientemente olvidado a la

Por último, sólo falta indicar que, respecto a la posibilidad de la exculpación, esto es, de aplicar el estado de necesidad exculpante en un “caso de bomba de relojería”¹⁰²⁹, tal solución me parece inviable. Atendiendo a que el fundamento de dicha categoría se basa en la existencia de “una *situación motivacional* anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido”¹⁰³⁰, tal afectación de la motivación no puede predicarse del Estado, ni de sus agentes¹⁰³¹. Por tanto, teniendo en cuenta que esta dimensión estatal es intrínseca al propio concepto de tortura, puesto que, como se ha indicado, tal delito sólo lo puede cometer quien sea autoridad o funcionario público, no puede disculparse su práctica.

4. La existencia de límites infranqueables en el *Ius puniendi* de un Estado democrático de Derecho

De lo dicho en los apartados anteriores se desprende que pueden distinguirse dos grupos de medidas pertenecientes al Derecho Penal del enemigo: por un lado, existen disposiciones que forman parte del Derecho Penal simbólico, las cuales no tienen ninguna eficacia preventiva; en cambio, por el otro, hay previsiones que pueden ser eficaces para luchar contra el terrorismo, puesto que proporcionan seguridad cognitiva al inocuizar fuentes de peligro. Ahora bien, ambas

luz del análisis comparativo del citado art. 2.2 con el art. VI del Proyecto presentado por la AIDP que sí la preveía (aunque en su opinión sería de gran interés incluir también “la imposibilidad de justificación de la tortura por cualquier clase de urgencia de obtención de informaciones”). En este sentido, también GAETA, “May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorist”, p. 789, pone de relieve que el art. 31.1.d) ER permite la aplicación del estado de necesidad respecto a los crímenes objeto de la jurisdicción de la Corte. Por el contrario, a juicio de GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, p. 956, el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales debe entenderse como excluyente de cualquier causa de justificación general o específica de torturar por parte del Estado.

¹⁰²⁹ Por ejemplo, ROXIN, quien no abriga duda alguna sobre la antijuridicidad de cualquier tipo de acción de tortura, considera “plausible” la apreciación de una exculpación supralegal en situaciones catastróficas (cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 6-7, texto y nota 10).

¹⁰³⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 592-593.

¹⁰³¹ Así, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante del § 35 del StGB beneficia sólo al amenazado o a personas allegadas a él (cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 691-692; y PERRON, “Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán”, p. 87).

comparten el siguiente rasgo, a saber, ninguna de ellas tiene cabida en el Derecho Penal democrático propio del Estado de Derecho¹⁰³².

En primer lugar, desde la óptica de un Derecho Penal que sólo se justifica si es necesario para prevenir delitos, esto es, para proteger bienes jurídicos, las normas exclusivamente simbólicas no son legítimas. Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ¹⁰³³, “aspectos simbólicos o retóricos se dan en prácticamente todas las manifestaciones de la legislación penal”. Sin embargo, lo problemático es la absolutización de este elemento en disposiciones incapaces de cumplir de modo directo la declarada finalidad de protección de bienes jurídicos.

En segundo lugar, la eficacia en la lucha contra la delincuencia tiene que respetar ciertos límites en un Estado democrático de Derecho¹⁰³⁴, por muy evidente que sea la enemistad entre un sujeto y el ordenamiento jurídico¹⁰³⁵. Los compromisos éticos de la democracia son universales y

¹⁰³² Esta es la postura del sector doctrinal mayoritario, el cual rechaza el Derecho Penal del enemigo (cfr. APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo*, p. 53; CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho Penal’ del enemigo?”, *passim*; CHAZARRA QUINTO, “La lucha contra el terrorismo versus el respeto a los derechos fundamentales”, *passim*; DEMETRIO CRESPO, “Del ‘Derecho penal liberal’ al ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 90; EL MISMO, “El ‘Derecho penal del enemigo’ Darf nicht sein!”, pp. 123 ss.; DíEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, pp. 592 ss.; GÓMEZ MARTÍN, *El Derecho Penal de autor*, pp. 263 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho Penal frente al terrorismo”, pp. 85 y 88; EL MISMO, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho”, pp. 59 ss.; GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 27; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 95; MELCHIONDA, “La legislación italiana en materia de terrorismo”, p. 215; MIRÓ LLINARES, “Persona o enemigo”, pp. 152 ss.; MUÑOZ CONDE, “De nuevo sobre ‘el derecho penal del enemigo’”, pp. 126 ss.; EL MISMO, “Delito político y derecho penal del enemigo”, pp. 407 ss.; EL MISMO, “La generalización del Derecho Penal de excepción”, p. 46; y PRITTWITZ, “Derecho penal del enemigo”, pp. 107 ss. No obstante, un grupo importante de autores lo aceptan con determinados límites: IGNATIEFF, “Democracia y terrorismo”, pp. 7 ss.; JAKOBS, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”, *passim*; EL MISMO, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, *passim*; POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, “Derecho Penal del enemigo: algunos falsos mitos”, pp. 636 ss.; PÉREZ DEL VALLE, “Derecho Penal del enemigo ¿Escarnio o prevención de peligros?”, 559 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 163).

¹⁰³³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 305, quien concluye que “las disposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del Ordenamiento jurídico”.

¹⁰³⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 113 ss.; EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 115 ss.

¹⁰³⁵ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, “De nuevo sobre ‘el derecho penal del enemigo’”, p. 35.

deben aplicarse tanto a los propios ciudadanos como a sus enemigos¹⁰³⁶. Por tanto, los derechos fundamentales (como la libertad y la dignidad¹⁰³⁷) y las garantías y principios constitucionales (como los de culpabilidad y de presunción de inocencia) no son disponibles¹⁰³⁸. De este modo, aunque un sujeto se comporte de manera que se autoanule como persona, ese Estado no está legitimado para aceptarlo y actuar en consecuencia¹⁰³⁹, sin destruir las bases sobre las que se asienta¹⁰⁴⁰. Así, en última instancia, los riesgos que se derivan de sujetos peligrosos deben repartirse entre toda la sociedad democrática, es decir, debemos asumirlos todos¹⁰⁴¹, siempre que queramos mantener este calificativo para autodenominarnos.

Ciertamente, hay argumentos para afirmar que un Gobierno sería más eficaz¹⁰⁴² para prevenir el terrorismo y todos estaríamos más seguros si se inocuizase a cualquier sujeto peligroso y si se admitiese la tortura como

¹⁰³⁶ Cfr. IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 23.

¹⁰³⁷ Como pone de relieve GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho”, p. 58, “el sistema democrático se apoya en el acuerdo y en el respeto con la dignidad humana, por lo que nadie puede ser excluido mediante su calificación como no-persona”.

¹⁰³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho”, pp. 63 ss., también alude a los siguientes principios y derechos fundamentales: igualdad y no discriminación, legalidad y seguridad jurídica, y proporcionalidad.

¹⁰³⁹ Como indica GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 38, “en Derecho penal, el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona *normativa* o *jurídica*, esto es, entendida como una construcción social y normativa, sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el *hombre*, por el *individuo* humano”. En definitiva, el substrato *ontológico* de la persona responsable está constituido por el *hombre* individual empírico. Así, hay que concluir con GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho”, p. 59, que “el Derecho penal democrático ha de tratar a todo hombre como persona responsable y no puede por consiguiente ser lícito ningún ordenamiento que contenga reglas de negación objetiva de la dignidad humana”.

¹⁰⁴⁰ En este sentido, PRESS, “In Torture We Trust?”, p. 2.225, pone el siguiente ejemplo: tal vez los servicios de seguridad de Israel han prevenido algún ataque suicida durante todos estos años torturando a detenidos palestinos. Sin embargo, en una sociedad democrática esto no es aceptable. Por tanto, como indica MIR PUIG, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, p. 349, “la única reacción válida ante cada atentado terrorista es reclamar la aplicación efectiva de un Derecho Penal que suponga la afirmación de los valores y principios jurídico-democráticos negados por el terrorismo”.

¹⁰⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización”, p. 710, texto y nota 46. Ahora bien, como pone de relieve DÍEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, pp. 575 ss., la actual “*ideología de la distribución o reparto de riesgos entre individuo y sociedad*” se traduce en que “la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de reincidencia delictiva”, que corren a cargo del propio delincuente.

¹⁰⁴² Aunque, como se ha indicado, también hay autores que ponen de relieve los efectos contraproducentes de las “*over reactions*”.

método de interrogación. Ahora bien, tal premisa sustituye a nuestro modelo de Estado por otro tipo de sistema político¹⁰⁴³, puesto que una democracia debe prevalecer sin traicionar los valores que representa¹⁰⁴⁴. Constituye una contradicción que para salvar nuestros sistemas de un ataque simbólico se crea que primero hay que destruirlos de un modo real¹⁰⁴⁵. En definitiva, pues, a la pregunta de si un Estado democrático puede usar medidas pertenecientes al Derecho Penal del enemigo la respuesta es no, puesto que su utilización conlleva que no pueda seguir predicándose tal calificativo para definir su modelo de gobierno¹⁰⁴⁶.

VI. EXCEPCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA POR PARTE DE LOS TRIBUNALES

La legislación, tanto material como procesal, no es el único ámbito en el que existen excepciones en materia de terrorismo. En primer lugar, también los tribunales utilizan criterios distintos respecto a los propios de delitos comunes a la hora de aplicar dicha normativa¹⁰⁴⁷. Así, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo interpretan determinados aspectos legales, tanto sustantivos como procesales, de manera distinta cuando los hechos delictivos se sitúan en la órbita del terrorismo¹⁰⁴⁸. Por un lado, en

¹⁰⁴³ En este sentido, RORTY, “Fundamentalismo: enemigo a la vista”, p. 11, considera que “al final de este proceso de limitación de las libertades se sustituiría a la democracia por otra cosa muy distinta, no por una dictadura militar, ni tampoco por un totalitarismo orwelliano, sino por un absolutismo ilustrado impuesto por una nomenclatura”.

¹⁰⁴⁴ Cfr. IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 22.

¹⁰⁴⁵ RORTY, “Fundamentalismo: enemigo a la vista”, p. 11.

¹⁰⁴⁶ En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho”, p. 60. Y, es que, como indica AGUIRRE, “¿Hay dudas sobre la tortura?”, p. 29, “una característica del Estado de derecho es que su preservación depende de la no violación de sus reglas. En el momento en que grupos de personas son detenidas sin acusación y torturadas, el Estado cede su legitimidad a la fuerza”. Así, citando a DWORKIN, afirma que “debemos estar dispuestos, por respeto a las tradiciones y valores democráticos, a aceptar una cierta pérdida desconocida de eficiencia policial o militar por deferencia hacia a esta moralidad. La Constitución demanda que se corra el riesgo en el procedimiento criminal ordinario: sin duda, la policía podría ser más eficiente en prevenir el crimen, y todos estaríamos más seguros si se ignorasen los derechos y los procedimientos debidos”.

¹⁰⁴⁷ MANZANARES SAMANIEGO, “Apuntes de urgencia”, hace referencia a “la presión ambiental, e incluso política, a que los jueces y tribunales se hallan sometidos en cuanto concierne a la represión del terrorismo”.

¹⁰⁴⁸ Véanse, también, los ejemplos citados por GONZÁLEZ CUSSAC, “La generalización del Derecho Penal de excepción”, pp. 252 ss. En estas páginas, el citado autor repasa las

el ámbito del Derecho Penal material, constituyen dos claros ejemplos la solución dada al concurso ideal homogéneo y la interpretación del elemento “destrucción” en el delito de estragos. Por el otro lado, respecto al Derecho Penal procesal, es muestra de ello la interpretación que se ha efectuado del art. 23.4 LOPJ, el cual establece los casos en los que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional¹⁰⁴⁹.

En segundo lugar, en la aplicación de los tipos suelen producirse vulneraciones de principios clásicos del Derecho Penal, especialmente, del principio *non bis in idem*¹⁰⁵⁰. En este sentido, los principales ejemplos son: la apreciación conjunta del delito de pertenencia a banda armada y de la agravación de los delitos comunes en virtud de los arts. 571 a 574 CP; y la calificación como terroristas tanto de los estragos como de los daños personales producidos por un mismo hecho.

1. Excepciones de carácter material

A) La cuestión del concurso ideal homogéneo

Cuando como consecuencia de una única conducta se producen varios resultados lesivos idénticos la doctrina habla de concurso ideal homogéneo. El ejemplo paradigmático es la explosión de una bomba que mata a más de una persona.

El sector doctrinal mayoritario considera que el art. 77 CP también alcanza a esta clase de concurso, de modo que dichos casos han de

resoluciones más significativas en materia de terrorismo, que ponen de relieve el grado de indeterminación y la flexibilidad del texto legal en este ámbito.

¹⁰⁴⁹ Además, hay que hacer referencia a la conocida como “doctrina Parot”. Como es sabido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de febrero de 2006 (ponente Sánchez Melgar), reinterpretó la forma de computar las redenciones de penas por el trabajo. Según esta nueva doctrina, cuando tal beneficio sea de aplicación sobre una condena limitada en virtud de las normas del concurso real de delitos, la redención se computará respecto a cada una de las penas impuestas. Sin embargo, aunque tal teoría se originó a raíz de un supuesto de terrorismo, con posterioridad también se ha venido aplicando a casos de delincuencia común (por ejemplo, cfr. el AAP-Burgos de 17 de septiembre de 2008, ponente Marín Ibáñez, entre otros). Par más detalle sobre esta cuestión, véase CUERDA RIEZU, “El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot”, pp. 215 ss.; y LLOBET ANGLÍ, “¿El fin justifica los medios?”.

¹⁰⁵⁰ En palabras de GÓMEZ BENÍTEZ, “Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo”, p. 48, se sacrifica el principio del concurso de leyes.

resolverse según las reglas del concurso ideal de delitos¹⁰⁵¹, que son más benignas. En cambio, otro sector opina que en tales supuestos tiene que apreciarse un concurso real¹⁰⁵², pues “el matar a varias personas dolosamente constituirá varios hechos de homicidio, tanto si se hace mediante varios disparos como haciendo explotar una bomba”¹⁰⁵³.

Siguiendo la segunda postura expuesta, los tribunales siempre aprecian un concurso real entre todos los delitos terroristas de asesinato, consumados o intentados, causados por la explosión de una bomba¹⁰⁵⁴. Ahora bien, los casos de concurso ideal homogéneo sucedidos en el ámbito común tienen otro tratamiento.

Por ejemplo, la STS de 18 de febrero de 2003 (ponente Saavedra Ruiz) considera que el intento de atropellar un ciclomotor ocupado por dos personas es constitutivo de dos tentativas de homicidio en concurso ideal. En el mismo sentido, la STS de 23 enero de 2004 (ponente Maza Martín) aprecia un concurso ideal entre un delito de homicidio intentado y un delito de lesiones, en un caso en el que un sujeto estrelló el coche en el que circulaba contra un camión, con ánimo de acabar con la vida de su esposa, resultando ésta y el conductor del camión gravemente lesionados.

Es más, la STS de 4 de marzo de 2002 (ponente Móner Muñoz), que resuelve un caso en el que un sujeto mató a su esposa embarazada de

¹⁰⁵¹ Como indica GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 943, nota 85, “la posición doctrinal mayoritaria considera que la unidad de hecho se define por la unidad de manifestación de voluntad, con independencia de los resultados que puedan producirse como consecuencia de la misma”, opción a la que se une este autor (p. 947). Por ejemplo, sostiene esta postura SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, pp. 147-148, uno de los principales monografistas en esta materia.

¹⁰⁵² GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1.015, pone de relieve que la negación del concurso ideal homogéneo “se hace por quienes para definir la unidad de hecho apelan también a la unidad de resultado material, lo que, coherentemente, les lleva a entender que cuando se producen varios son también varios los hechos, con la obligada consecuencia de tener que reconducir los casos de pluralidad de resultados materiales al concurso real homogéneo de delitos”.

¹⁰⁵³ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 635. También QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 615, considera que los delitos contra la vida y la integridad física de las personas, producidas por la explosión de una bomba, se encuentran en relación de concurso real.

¹⁰⁵⁴ Véanse la STS de 23 de julio de 2004 (ponente Andrés Ibáñez); y las SSAN de 30 de junio de 2000 (ponente Díaz Delgado); de 1 de febrero de 2001 (ponente García Pérez); de 20 de febrero de 2001 (ponente de Salinas Alonso); de 20 de junio de 2001 (ponente Arteaga Cerrada); de 22 de noviembre de 2001 (ponente Fernández Prado); de 31 de marzo de 2003 (ponente Lorente Martínez).

ocho meses, analiza, en lo que aquí interesa, la cuestión de si ambos resultados deben castigarse en relación de concurso real o, por el contrario, ideal. A juicio de la Sala Segunda, si la voluntad del sujeto pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos, es decir, si actúa con dolo directo, hay que punir todos los hechos en concurso real. Así, “tratándose de la acusación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba”. Por el contrario, concurre un concurso ideal cuando la voluntad del sujeto afecta “directa y fundamentalmente a la acción, más no al resultado, previsto pero no directamente perseguido”. De este modo, el Tribunal Supremo concluye que tal supuesto constituye un concurso ideal, ya que el dolo directo de primer grado sólo es apreciable respecto a la muerte de su mujer, no respecto a la del feto. Ahora bien, según esta doctrina, cuando la finalidad de un delincuente terrorista sea la de producir estragos, aunque los homicidios sean una consecuencia necesaria (dolo de segundo grado) o posible (dolo eventual), deberían aplicarse las reglas del concurso ideal, lo cual no hace.

B) El delito terrorista de estragos

El art. 571 CP tipifica el delito terrorista de estragos previsto en el art. 346.1 CP, que exige la **destrucción** de determinados lugares mediante explosiones u otros medios de similar potencia destructiva¹⁰⁵⁵. Ciertamente, las bombas son el principal instrumento del que se sirve el fenómeno terrorista, por lo que es muy frecuente que los daños personales y materiales se produzcan como consecuencia de sus estallidos. Ahora bien, el delito de estragos previsto en el Código Penal español exige un resultado determinado (la destrucción) y limita los objetos de protección. Además, requiere la puesta en peligro de la vida o la integridad de las personas.

Sin embargo, los tribunales realizan una interpretación extensiva de este precepto, puesto que sólo toman en consideración la utilización de determinados medios y el peligro para las personas. Así, pese a que

¹⁰⁵⁵ Este delito castiga a quienes “*provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación [o] medios de transporte colectivos*”.

destruir significa deshacer, arruinar, arrasar o asolar una cosa¹⁰⁵⁶, la Sala Segunda y la Audiencia Nacional castigan por estragos terroristas cualquier caso en el que sólo se producen daños materiales de considerable entidad, sobre todo en edificios o locales públicos, pero no la destrucción, ni siquiera parcial, de los objetos descritos en dicho precepto¹⁰⁵⁷. Para nuestros tribunales, respecto a este requisito, basta la gran magnitud o extraordinaria importancia¹⁰⁵⁸ de las consecuencias destructivas provocadas por las explosiones¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ El diccionario de la Real Academia Española define destruir como “*deshacer, arruinar o asolar una cosa material*”. Por su parte, asolar significa “*destruir, arruinar, arrasar*”, y deshacer “*quitar la forma o figura de una cosa descomponiéndola*” (www.rae.es).

¹⁰⁵⁷ Los siguientes casos constituyen varios ejemplos de esta aplicación extensiva del delito terrorista de estragos. En todos ellos, la deflagración de un artefacto explosivo originó cuantiosos daños materiales y, en ocasiones, también afectó a las personas: **daños en un cuartel de la Guardia Civil y en los inmuebles adyacentes por valor de 10.000 euros** (SAN de 8 de junio de 1999, ponente Martínez de Salinas Alonso); **daños en seis inmuebles por valor de 10.000 euros** (SAN de 13 de noviembre de 2000, ponente Murillo Bordallo); **daños en numerosos edificios y locales públicos**, además de matar a dos personas y herir a diecinueve. De hecho, **siete páginas** de la sentencia son una lista de los perjuicios materiales causados (SAN de 20 de febrero de 2001, ponente Martínez de Salinas Alonso); daños en **instalaciones comerciales, edificios de viviendas y vehículos**, y lesiones leves a las personas que transitaban por la zona (STS de 9 de mayo de 2003, ponente Andrés Ibáñez). De nuevo, el listado de perjuicios materiales ocupa siete páginas; **daños materiales por valor de 5.000 euros en diferentes viviendas, establecimientos comerciales y vehículos**, así como la muerte de un *ertzaingia* y heridas a otro (SAN de 6 de noviembre de 2003, ponente Bermúdez de la Fuente); **daños en viviendas y en automóviles**, las cuales se describen en un total de nueve páginas (SAN de 31 de diciembre de 2003, sin ponente). En el mismo sentido, véanse las SSTs de 8 de octubre de 2001 (ponente García-Calvo y Montiel); y de 31 de marzo de 2003 (ponente Delgado García). La única excepción la constituye la SAN de 13 de junio de 2003 (ponente Guevara Marcos), que no apreció el delito de estragos en un supuesto en el que la explosión de un coche-bomba mató a una persona y causó daños materiales en un edificio por valor 60.405 euros (y, tampoco, castigó por el delito de daños).

¹⁰⁵⁸ La SAN de 18 de diciembre de 2001 (ponente Campos Martínez) establece que “el delito de estragos en el Código Penal vigente vienen definido por las siguientes notas: a) gravedad de los medios utilizados; b) magnitud de las consecuencias destructivas provocadas en elementos que se consideran de especial significación; c) como consecuencia de todo ello, la necesaria causación de riesgo para las personas”. Por tanto, véase como no se exige la destrucción de lugares significativos, sino consecuencias de gran magnitud. En este sentido, GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 457, pone de relieve que los estragos han sido “tradicionalmente definidos como daños de gran magnitud o extraordinaria importancia”.

¹⁰⁵⁹ La mayor parte de la doctrina tampoco hace hincapié en el requisito de la destrucción efectiva, total o parcial, de ninguno de los elementos descritos en los estragos, y la gran mayoría, además, pone el énfasis de este delito en el requisito del peligro para las personas (así, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 3.315; CUGAT MAURI, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA

El máximo exponente de esta interpretación extensiva lo constituye la SAN de 6 de octubre de 2003 (ponente Martínez de Salinas Alonso), que aprecia el delito de estragos en un caso en el que la explosión de una granada no causó daños apreciables en ningún edificio. A este respecto la Audiencia Nacional argumentó diciendo que no “puede impedir esta escasa entidad de los daños causados la apreciación del citado delito consumado de estragos”¹⁰⁶⁰.

Por el contrario, en un caso en el que se planteó la aplicación del delito de estragos común, la Audiencia Provincial de Sevilla (Sentencia de 30 de marzo de 2000, ponente Gil Merino) consideró que no era de aplicación el tipo de estragos porque la potencia del artefacto explosivo colocado en un autobús no era la suficiente para causar un siniestro catastrófico.

2. Excepciones de carácter procesal

En la STS de 30 de junio de 2005 (ponente García Pérez) se planteó la cuestión de si era posible acumular dos condenas (en virtud de lo dispuesto en el art. 76 CP), una impuesta en Tailandia en 2001 por un delito de tráfico de drogas y la otra en España en 2002 por los delitos de robo y tenencia ilícita de armas. El juzgado de instancia que resolvió sobre la acumulación había entendido que ésta no procedía puesto que la sentencia dictada en Tailandia condenaba por hechos cometidos fuera de nuestro territorio por los que España no era competente. Sin embargo, el Tribunal Supremo dio lugar al recurso y a la acumulación en virtud del art. 23.4 f) LOGP, el cual establece la posibilidad de juzgar a un nacional que cometa un delito en el extranjero que esté tipificado en el Estado español como tráfico de drogas¹⁰⁶¹.

ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 1.495; FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 957; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 719; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 771; y, TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 1.795. Únicamente GRINDA GONZÁLEZ, “Delitos de riesgo catastrófico”, p. 280, pone de relieve la “necesaria exclusión de acciones dañosas que no supongan ‘desbacer, arruinar o asolar’” alguna de las construcciones que define el delito de estragos.

¹⁰⁶⁰ En estos casos, en realidad, debería ser de aplicación el art. 266.4 CP –daños concurriendo la provocación de explosiones y, además, la puesta en peligro de la vida o integridad de las personas- en relación con el 574 CP.

¹⁰⁶¹ Arts. 368 ss. CP.

Por el contrario, en una situación idéntica pero relacionada con el terrorismo, no se procedió a la acumulación. En la STS de 18 de diciembre de 2002 (ponente Delgado García) se planteó el siguiente caso: un sujeto había cometido distintos actos terroristas en Francia y en España, por los que fue condenado en ambos países. Al solicitar la acumulación de condenas se le denegó porque los hechos realizados “en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes”. Sin embargo, el art. 23.4 b) LOGP también establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según nuestra ley penal, como delitos de terrorismo (del mismo modo que el apartado f) se refiere a los delitos de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes).

3. Vulneraciones del principio *non bis in idem*

A) Un mismo hecho sirve para castigar por pertenencia a organización terrorista y para aplicar los arts. 571 y 572

La relación concursal entre la pertenencia a banda armada y la agravación de los delitos-fin cometidos por dicha organización tiene que resolverse en virtud de las normas del concurso real de delitos¹⁰⁶², lo que algún autor considera que puede plantear problemas de posible *bis in idem*¹⁰⁶³.

Sin embargo, a mi juicio, si queda demostrada, por un lado, la vinculación de la aportación en un delito concreto, esto es la “intervención ‘convencional’” y, por el otro, “la intervención ‘a través de organización’” en los delitos-fin de la banda armada, es decir, la repetición continuada e institucionalizada de actos de intervención en el sistema de la

¹⁰⁶² En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 247; LA MISMA, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, p. 968. En cambio, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas”, p. 104, se decanta por el concurso ideal.

¹⁰⁶³ En este sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 178-179; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 67; DE PRADA SOLAESA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, p. 75; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.902; y LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 712.

organización criminal¹⁰⁶⁴, el concurso real de delitos no vulnera dicho principio. En estos casos, ambos tipos se realizan por hechos distintos, puesto que el mismo sujeto no sólo interviene, como autor o partícipe, en un delito concreto, sino que también lleva a cabo “conductas genéricas peligrosas de favorecimiento, que, una vez institucionalizadas, son permanentemente actualizadas por el propio devenir de la asociación”¹⁰⁶⁵.

En definitiva, pues, si puede probarse la concurrencia de distintas aportaciones realizadas por un mismo sujeto, algunas genéricas y otras relacionadas con un delito concreto, no hay ningún problema para apreciar la figura de la pertenencia a banda armada en relación de concurso real con los tipos de terrorismo. Ahora bien, la misma conducta de colaboración no puede ser el fundamento para la incriminación de ambas infracciones como ocurre en la práctica de los tribunales, que no suelen tomarse la molestia de probar hechos distintos con los que poder legitimar el doble castigo. Así, sobre la base de una única conducta aplican tanto el art. 515 como los arts. 571 y 572 CP¹⁰⁶⁶, lo que vulnera el principio *non bis in idem*.

B) Un mismo hecho sirve para castigar por pertenencia a organización terrorista y para aplicar el art. 574 CP

Al contrario de lo que sucede en los arts. 571 y 572 CP, la agravación de los delitos-medio tiene otro fundamento –legítimo–, el cual reside en el favorecimiento que su ejecución supone a una organización terrorista. De este modo, el aumento de pena previsto en el art. 574 CP se basa en las mismas razones que sirven para punir la pertenencia (o la

¹⁰⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.089-1.090, texto y nota 61.

¹⁰⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.089-1.090. Véase *infra* 3^a. II.1.B. En cambio, es de otra opinión LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II. A su juicio, “la pertenencia a la organización terrorista o banda armada se constituye como un auténtico elemento del tipo de terrorismo por lo que aplicar además el delito de asociación ilícita supondría una vulneración del principio *non bis in idem*”.

¹⁰⁶⁶ En este sentido, por ejemplo, la SAN de 29 de octubre de 2007 (ponente Rodríguez Fernández) castiga a dos sujetos como cooperadores necesarios en sendos delitos de asesinato y estragos y como miembros de organización terrorista, sobre la base de la misma conducta: la vigilancia de unas personas a las que terceros dieron muerte a partir de esa información. Así, aunque la Sentencia alude a que los acusados se dedicaban a realizar tareas de seguimiento no especifica ninguna en concreto, aparte de las relacionadas con el atentado. Véase, también, la SAN de 25 de septiembre de 2006 (ponente Sánchez Martínez), que castiga sobre la base de los mismos hechos por pertenencia a banda armada (GRAPO) y por un delito terrorista de detenciones ilegales.

colaboración)¹⁰⁶⁷ con banda armada, por lo que aplicar estas figuras en relación de concurso real con los delitos-medio de la organización vulnera el principio *non bis in idem*. Sin embargo, los tribunales aplican de modo conjunto los arts. 516 y 574 CP¹⁰⁶⁸.

Es más, la Sala Segunda ha declarado que el delito de pertenencia a bandas armadas “es un delito de carácter permanente que subsistirá siempre que la voluntad del autor consienta dicha adscripción”, sin que el tipo referido “exija una actividad determinada a los mismos”. Así, concluye “que las acciones concretas realizadas por los miembros de la banda constitutivas de una infracción penal autónoma son independientes del delito de pertenencia o integración pues se trata de sustratos de hecho diferentes” (STS de 19 de mayo de 2003, ponente Saavedra Ruiz).

De este modo, pues, en mi opinión, de *lege lata* hay que resolver el concurso de normas que se suscita entre el art. 574 CP, por un lado, y el delito de pertenencia o colaboración en concurso (real o medial) con el tipo común de que se trate, por el otro, en virtud del art. 8.4ª CP (principio de alternatividad). De este modo, tendrá que aplicarse la pena más grave que, normalmente, será la que resulte del concurso de delitos entre los arts. 516 ó 576 y los preceptos comunes. Sin embargo, no es posible apreciar un concurso de delitos entre la pertenencia y la colaboración y el art. 574, puesto que tomar dos veces en consideración el favorecimiento a una banda armada para incrementar la pena vulnera el principio *non bis in idem*.

En este sentido, la SAN de 12 de noviembre de 2002 (ponente Gómez Bermúdez) considera que la elaboración de DNIs falsos que luego fueron entregados a miembros de ETA para encubrir su identidad es un acto de colaboración con banda armada, por lo que no condena a la autora de la falsificación por el correspondiente delito terrorista de falsedades (art. 574 CP). A su juicio, “la mayor antijuricidad que la agravación sanciona ya está abarcada por la colaboración con banda armada al ser el destino de la falsificación elemento determinante de la integración de este delito”.

¹⁰⁶⁷ Cfr. *infra* 3ª.II.1.

¹⁰⁶⁸ Cfr., por ejemplo, las SSAN de 28 de febrero de 2003 (ponente Díaz Delgado), que castiga en virtud de los arts. 516 y 474 CP en relación con un delito de falsificación de placa de matrícula; y de 12 de diciembre de 2002 (ponente Campos Martínez), la cual condena tanto por pertenencia a banda armada como por la tenencia ilícita de una pistola en relación con el art. 574 CP. Véase, también, la STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar).

C) *La agravación por terrorismo en los estragos y en los delitos contra la vida*

Como indica la doctrina mayoritaria, entre los arts. 571 y 572 CP no puede apreciarse un concurso de delitos, pues ambos preceptos agravan los tipos comunes de estragos e incendios, por un lado, y de homicidio, asesinato y lesiones, por otro, partiendo del mismo fundamento. Por tanto, valorar dos veces la circunstancia de cometer estos delitos perteneciendo o colaborando con banda armada u organización terrorista vulneraría el principio *non bis in idem*¹⁰⁶⁹.

Ciertamente, el mensaje intimidatorio que la explosión de una bomba envía a una sociedad determinada queda subsumido en las muertes y lesiones de cada víctima concreta, producidas por aquella deflagración. Por tanto, cuando una única conducta es constitutiva de estragos y de delitos contra la vida y la integridad física, su injusto terrorista queda enteramente abarcado por los daños personales causados.

No obstante, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional suelen apreciar estos preceptos en relación de concurso real, cuando la misma explosión produce estragos, muertes y lesiones¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ En este sentido, CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1.389; EL MISMO, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 191; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 92; CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 864; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1.128; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.488; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 186.

¹⁰⁷⁰ Así, por ejemplo, las SSAN de 15 de junio de 2000 (ponente Fernández Prado); de 1 de febrero de 2001 (ponente García Pérez); de 20 de febrero de 2001 (ponente de Salinas Alonso); de 30 de abril de 2003 (ponente Lorente Martínez); de 6 de noviembre de 2003 (ponente Bermúdez de la Fuente); de 15 de junio de 2007 (ponente Sánchez Martínez); y de 29 de octubre de 2007 (ponente Rodríguez Fernández); y la STS de 31 de marzo de 2003 (ponente Delgado García). No obstante, existen algunas excepciones: la STS de 13 de diciembre de 2001 (ponente Saavedra Ruiz) considera que entre los estragos terroristas y los homicidios, asesinatos o lesiones terroristas se da una relación de **concurso de normas** a resolver en virtud del art. 8.4ª; y la STS de 23 de julio de 2004 (ponente Andrés Ibáñez) se decanta por la aplicación del **concurso ideal** de delitos en estos supuestos. Por su parte, la SAN de 22 de noviembre de 2001 (ponente Fernández Prado) aprecia un concurso real entre un delito de estragos común y un delito de asesinato terrorista, pues valorar la pertenencia a organización terrorista dos veces “no haría mas que penar doblemente” la misma circunstancia.

En mi opinión, la solución correcta es la siguiente: entre el delito de estragos terrorista del art. 571 CP en concurso real¹⁰⁷¹ con el delito común de homicidio, asesinato o lesiones correspondiente y el delito terrorista contra la vida o integridad física del art. 572 CP en concurso real¹⁰⁷² con el delito común de estragos del art. 346 CP, se da una relación de concurso de normas a resolver en virtud del art. 8.4ª CP (principio de alternatividad) aplicando la opción que implique mayor pena¹⁰⁷³.

¹⁰⁷¹ En mi opinión, el plus que conlleva la cláusula “*sin perjuicio de la pena que corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas*”, como consecuencia de los estragos (art. 571 *in fine* CP), es el de convertir un inicial concurso ideal de delitos, al que conduciría la aplicación de las reglas generales en esta materia, en un concurso real (y no un concurso de normas en un concurso ideal). En el mismo sentido, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 91; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDEPUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.886; LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 690; y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.037. También defiende la solución del concurso real CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 191. En cambio, CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Código Penal Comentado*, p. 1.124; GRINDA GONZÁLEZ, “Delitos de riesgo catastrófico”, p. 286; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 615; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “El delito de estragos en el Código penal”, p. 893, se decantan por el concurso ideal. Por último, abogan por la postura del concurso ideal “caso de haber relación medio a fin entre los estragos y las muertes o lesiones”, o real, “de no haber dicha relación”, CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 864-865; y COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1.128.

¹⁰⁷² La mayoría de la doctrina interpreta que la cláusula del delito de estragos (art. 346.3 CP) según la cual “*si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido*”, da relevancia el concurso real de delitos frente al ideal. Así, CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Código Penal Comentado*, p. 738; ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 773; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 615; y VERCHER NOGUERA, en BUTRAGUEÑO SERRANO (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, p. 1.511. En cambio, a favor del concurso ideal se pronuncian GRINDA GONZÁLEZ, “Delitos de riesgo catastrófico”, p. 286; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “El delito de estragos en el Código penal”, p. 893.

¹⁰⁷³ En sentido parecido, aunque con matices, se pronuncian los siguientes autores: CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 191; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, pp. 91 ss. y 111-112; CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 864-865; CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal*, p. 42; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1.128; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 188.

VII. CONCLUSIONES

1. El sector del ordenamiento jurídico penal que regula la delincuencia terrorista introduce excepciones respecto a aquellos otros ámbitos que legislan sobre otras materias delictivas. La flexibilización o relajación de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado democrático de Derecho¹⁰⁷⁴, así como la severidad punitiva, son los rasgos característicos de la normativa antiterrorista.

2. Así, pues, la regulación de este fenómeno presenta notas del denominado Derecho Penal del enemigo. Sin embargo, alguna de las peculiaridades que usualmente se le atribuye a dicho ámbito del ordenamiento jurídico pertenece, en realidad, al Derecho Penal de ciudadanos. A saber, el incremento de las penas respecto a los delitos comunes y el avance de las barreras de punición tienen un fundamento legítimo, puesto que se basan en el hecho cometido y no en la peligrosidad del autor. El mayor contenido de injusto de los delitos de terrorismo y el favorecimiento a la comisión de delitos-fin que los miembros y colaboradores aportan a una banda armada, respectivamente, justifican su previsión, y, por tanto, respetan los límites del *Ius puniendi* derivado de un Derecho Penal democrático y del Estado de Derecho.

3. Además, muchas de las excepciones en materia de terrorismo son innecesarias, puesto que no son eficaces para luchar contra esta clase de delincuencia. Es decir, la mayoría de disposiciones legales en este ámbito no tienen ningún efecto intimidatorio, ni general ni especial, ni inocuidador. Así, la aplicación de la legislación común conlleva que las consecuencias prácticas sean las mismas. En realidad, la normativa antiterrorista se caracteriza por formar parte del Derecho Penal simbólico, pues, lejos de buscar una lucha más efectiva contra la criminalidad, pretende enviar mensajes de tranquilidad a la colectividad y marcar, como enemigos, a los sujetos que más decididamente no comparten los valores de una sociedad democrática: los terroristas y sus simpatizantes. Sin embargo, el (ab)uso de una legislación de meros efectos simbólicos no previene delitos y conlleva la pérdida de credibilidad del ordenamiento penal, transformándolo en inservible.

4. Ahora bien, tales afirmaciones no implican que aquellas medidas eficaces para erradicar, o, al menos, disminuir la delincuencia terrorista puedan convertirse en legítimas. Así, la inocuidación de sujetos peligrosos

¹⁰⁷⁴ Cfr. GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 2.

mediante la pena, la detención preventiva de larga duración o indefinida sin imputación formal y la práctica de la tortura no tienen cabida en nuestro modelo de Estado. El principio de culpabilidad, la presunción de inocencia y, en último término, la dignidad humana impiden su existencia en los sistemas penales democráticos, aunque se ajusten a lo estrictamente necesario como apunta JAKOBS, esto es, pese a que en algún punto puedan ser eficaces. Por tanto, el Derecho Penal del enemigo es inviable e ilegítimo en una democracia, puesto que destruye las bases sobre las que este modelo político se asienta: en él, los riesgos derivados de fuentes de peligro más allá de estos límites debemos distribuirlos entre toda la sociedad.

5. En un Estado democrático de Derecho, la pena no puede cumplir funciones de una medida de seguridad, bien predelictual bien posdelictual; la detención preventiva no puede vulnerar las garantías procesales, aunque la configuración de la delincuencia organizada justifique la regulación de plazos más extensos; y la tortura es impracticable, pese a que la legítima defensa pueda desempeñar un papel también en relación con este tipo delictivo.

6. Respecto a esta última cuestión, los verdaderos casos de *ticking bomb* tienen una estructura de legítima defensa (de terceros). Por tanto, es posible apreciar esta eximente en caso de concurrir un hecho típico constitutivo de tortura para conocer el modo de desactivar el explosivo, siempre que concurren los requisitos que caracterizan a dicha causa de justificación. Así, pues, en primer lugar, hay que distinguir entre la “tortura preventiva” y la “tortura reactiva”. La inminencia de los escenarios de *ticking bomb* sólo puede ser entendida en el sentido de agresión ilegítima en la legítima defensa, lo que implica comienzo de tentativa, pero no preparación o posibilidad de ataque. En segundo lugar, dicha eximente sólo permite reaccionar contra quienes exista certeza objetiva de que han intervenido en dicho ataque. De este modo, no pueden ser torturados ni los insolidarios ni aquellos en los que no concurren indicios racionales de intervención en los hechos. Y, por último, tiene que darse el elemento de la necesidad en concreto, de modo que si existe una posibilidad menos lesiva de obtener el mismo resultado la tortura no estará justificada. En consecuencia, los límites (legales y doctrinales) de esta causa de justificación imposibilitan la denominada “rotura de dique” o el efecto de “pendiente resbaladiza”, es decir, evitan que esta práctica se expanda una vez se ha aceptado permitirla en algunos casos excepcionales. Aunque esta argumentación me parece convincente para no aceptar el estado de necesidad, cuya ponderación de males posibilita la aparición de una política oficial de torturas —como así ha

sucedido en Israel o los EEUU-, no invalida, a mi juicio, la apreciación de la legítima defensa.

7. En definitiva, pues, pese a que es legítimo que exista un título o capítulo específico dedicado a los delitos de terrorismo, sólo serían necesarios los siguientes preceptos. En primer lugar, un único tipo que agravara proporcionalmente los delitos-fin realizados por una banda armada terrorista. Así, tal artículo podría redactarse en los siguientes términos: “los que perteneciendo o colaborando con una banda armada terrorista cometan delitos que vulneren o pongan en peligro la vida, salud, integridad y libertad de las personas¹⁰⁷⁵ serán castigados con una pena superior a la prevista en cada concreta modalidad”. De este modo, respecto al castigo, habría que decidir, por un lado, entre aplicar la pena en su mitad superior o la superior en grado; y, por el otro, entre una agravación de los tipos terroristas, bien simétrica en relación con los delitos comunes, bien asimétrica cualificando en mayor medida las infracciones más graves (al poseer mayor contenido de injusto terrorista). Y, en segundo lugar, uno o varios tipos dedicados a las distintas formas de pertenencia y colaboración, las cuales pasan a analizarse en el capítulo siguiente.

¹⁰⁷⁵ Ya se ha indicado en la primera parte de este trabajo (1^a.II.2.B.b) que éstos son: homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, secuestros y lesiones graves; así como los delitos que pongan en peligro la vida, salud o integridad de las personas (por ejemplo, provocación de explosiones o incendios; figuras de riesgo catastrófico como la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos; delitos contra el medio ambiente, como el envenenamiento de aguas u otros recursos naturales; infracciones contra la salud de los consumidores, como la venta de comestibles nocivos para la salud; o, alteraciones de las señales de tráfico de una gran ciudad o apagones que dejasen sin suministro eléctrico a hospitales, hogares, etc.).

TERCERA PARTE. LOS LÍMITES DE LA PUNICIÓN DEL TERRORISMO. COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA Y APOLOGÍA

I. INTRODUCCIÓN

La realidad demuestra que en el terrorismo, a diferencia de lo que ocurre en otras tipologías de delincuencia organizada, son esenciales para el mantenimiento de la banda armada y para la perpetración de delitos desde ella otras conductas de colaboración con sus actividades y finalidades. Al ser éste un fenómeno de marcado componente ideológico, existen muchas personas que sin pertenecer a la propia organización le prestan su apoyo de distintos modos; ayuda sin la cual sería muy difícil, si no imposible, poder llevar a cabo sus actividades de una manera tan eficaz.

Así, dichos colaboradores son sujetos que, pese a no ejecutar los delitos¹⁰⁷⁶ y no ostentar un rol estable en el organigrama de la banda armada¹⁰⁷⁷, ponen a su servicio medios materiales y logísticos¹⁰⁷⁸; ayudan a la creación o al mantenimiento de alarma e inseguridad; o aportan respaldo moral, ideológico o político a tales grupos.

En nuestro Código Penal estas conductas se encuentran tipificadas en los arts. 575 a 578. En concreto, los arts. 576 y 578 prevén las modalidades más usuales de favorecimiento a las organizaciones terroristas, es decir, los actos de colaboración material con las actividades de una banda armada y la apología, respectivamente. Por su parte, el art. 575 castiga una específica modalidad de ayuda

¹⁰⁷⁶ Aunque también pueden ejecutarlos. De aquí que los colaboradores sean sujetos activos en los delitos previstos en los arts. 571 a 574 CP.

¹⁰⁷⁷ Véase sobre esta cuestión *infra* 3^a.II.2.C.a.

¹⁰⁷⁸ Como indica LAQUEUR, *Una historia del terrorismo*, pp. 131 y 151, “las operaciones de terrorismo sistemático implican una detallada planificación (...). La potencial víctima ha de ser vigilada durante un cierto tiempo, u sus hábitos y movimientos han de ser estudiados con el fin de determinar el lugar y el momento más prometedores para la acción. Los terroristas necesitan un transporte que les lleve hasta el escenario de la operación y que luego les saque de allí. Han de tener papeles de identificación falsos [y] armas eficaces”. Un terrorista “ha de encontrar escondrijo entre la gente, y (...) necesita habitar bajo un techo comida y otros bastimientos”.

económica, esto es, tipifica una forma determinada de colaboración con banda armada¹⁰⁷⁹. Por último, el art. 577 sanciona determinadas conductas consistentes en ayudar a la creación del clima de miedo y alarma de la que se vale el fenómeno terrorista para conseguir sus ulteriores fines¹⁰⁸⁰.

En consecuencia, una de las principales metas de la legislación antiterrorista es ahogar cualquier forma de colaboración que pueda prestarse a las actividades o finalidades de las bandas armadas, es decir, se pretende reducir al máximo su capacidad tanto logística como anímica e ideológica. De este modo, el ámbito de lo punible se ve ampliado desde una doble perspectiva: por un lado, se adelantan las barreras de punición (art. 576 CP)¹⁰⁸¹; y, por el otro, el Derecho Penal se extiende hacia “los amigos de los enemigos”, es decir, hacia los sujetos y entramados que comparten los medios y los fines terroristas¹⁰⁸² (arts. 577 y 578¹⁰⁸³ CP). Así, en la práctica, a partir del año 2000, la lucha contra el terrorismo de

¹⁰⁷⁹ En el mismo sentido, CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Código Penal Comentado*, p. 1.128; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 48; CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 120; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 127; CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 771; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.899; y CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal*, p. 43. En cambio, considera que este precepto posee la misma estructura que los arts. 571 a 574 GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.613. También parten del análisis conjunto de los arts. 571 a 575: LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 691; LA MISMA, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. III; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 905; y SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, “Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho”, pp. 80 y 82.

¹⁰⁸⁰ Además, dentro del capítulo II del título VI del Libro II, el art. 170 CP prevé dos modalidades de amenazas que están directamente relacionadas con el terrorismo.

¹⁰⁸¹ Ciertamente, nuestro Código Penal (art. 518) también castiga la cooperación económica o de cualquier otra clase que favorezca la fundación, organización o actividad del resto de asociaciones ilícitas previstas en el art. 515 CP, diferentes a las terroristas. Sin embargo, de la muestra de sentencias analizadas (a través de la base de datos Aranzadi.westlaw) se concluye que este precepto no se ha aplicado nunca.

¹⁰⁸² Como indica ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, *passim*, p. 251, en el fenómeno terrorista existen “entramados” conectados por la ideología con la banda armada, que desarrollan de consuno programas de propaganda del ideario. A su juicio, este es el ámbito en el que “el discurso del enemigo corre peligro de infiltrarse, en su extensión hacia ‘los amigos de los enemigos’” (p. 255, texto y nota 50).

¹⁰⁸³ Sobre la “‘sintomatología’ de la apología como delito para los ‘enemigos’”, véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 895.

ETA se ha dirigido a perseguir al entramado ideológico y político afín a tal banda armada, esto es, la denominada izquierda *abertzale*. Por ello, como indica ASÚA BATARRITA, “en la actualidad, se encuentran en marcha varios procesos penales contra dirigentes políticos bajo la acusación de ‘colaboración’ o de ‘integración’ en grupo terrorista por la participación en estructuras organizativas para el diseño de actuaciones políticas o sindicales de refuerzo de los objetivos políticos que comparten”¹⁰⁸⁴. En este sentido, es ilustrativo el AJCI de 5 de febrero de 2008 que declara imputados a los representantes de Acción Nacionalista Vasca (ANV) por integración en organización terrorista (ETA-BATASUNA), así como por colaboración con banda armada. Es más, con base en esta imputación el Derecho Penal también está alcanzando a los *amigos de los amigos de los enemigos*, puesto que ya no sólo se persigue a los simpatizantes políticos de ETA (así, BATASUNA), sino también a los simpatizantes políticos de BATASUNA (así, Acción Nacionalista Vasca). No obstante, ¿son legítimas todas estas medidas?

Pues bien, este capítulo trata de dar respuesta a este interrogante. Por ello, analiza los límites de las conductas cuya tipificación está justificada en virtud de un Derecho Penal liberal, en el que es necesario respetar los principios, garantías y criterios de imputación que le son propios, así como los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

Además, debe tenerse en cuenta que, desde una perspectiva de eficacia instrumental, se ha puesto de relieve que el castigo demasiado severo de los actos periféricos es contraproducente, esto es, que la dureza de la reacción punitiva y el aumento de adhesiones al terrorismo son variables perfectamente proporcionales¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁴ ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 255, texto y nota 50.

¹⁰⁸⁵ Cfr. BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, pp. 10-11; REINARES, *Terrorismo y Antiterrorismo*, p. 166; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 180. En este sentido, véase la siguiente táctica esgrimida por ETA en 1964: “Supongamos una saturación en la que la minoría organizada asesta golpes materiales y psicológicos a la organización del Estado, haciendo que éste se vea obligado a responder y reprimir violentamente la agresión. Supongamos que la minoría organizada consigue eludir la represión, y hacer que ésta recaiga sobre las masas populares. Supongamos finalmente, que dicha minoría consigue en lugar de pánico que **surja la rebeldía en la población de tal forma que esta ayude y ampare a la minoría en contra del Estado**” (cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 23; negrita añadida). Sobre esta cuestión, véase, también, CANCIO MELIÁ, “Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo”, p. 166.

II. COLABORACIÓN CON LAS ACTIVIDADES DE UNA BANDA ARMADA: LÍMITES

En el art. 576 CP aparecen descritas las conductas nucleares de cooperación con una organización terrorista. Así, tal precepto castiga a los sujetos que, sin pertenecer¹⁰⁸⁶ a banda armada, lleven a cabo, recaben o faciliten actos de colaboración con sus actividades, consistentes en la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas con el terrorismo; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas; y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación.

Debido a la importancia de los bienes jurídicos atacados por este fenómeno¹⁰⁸⁷ y a que tales actos son muy frecuentes en la práctica¹⁰⁸⁸, la

¹⁰⁸⁶ Ésta es también la posición unánime en la doctrina: véanse CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 74; CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1.391; EL MISMO, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 205; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 27; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.616; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.902; LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 715; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 910; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.040; y SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, “Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho”, p. 82.

¹⁰⁸⁷ Así, la STC 136/1999, de 20 de julio (ponente Viver Pi-Sunyer), y la STS de 29 de noviembre de 1997 (ponente García-Calvo y Montiel), cuando establecen que la justificación de este delito se encuentra “en la importancia de los bienes jurídicos atacados por dicha actividad”. En la doctrina, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.619, considera que el adelantamiento de la intervención penal se apoya “en la peligrosidad objetiva de las actividades terroristas y las organizaciones que las desarrollan”; y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.901, siguiendo a MOYNA MÉNGUEZ, opina que el legislador castiga estos actos de colaboración “en consideración a la singular y máxima gravedad de las conductas y finalidades perseguidas por dichas bandas y elementos terroristas”. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.095, afirma que “la colaboración externa sólo [debe] castigarse autónomamente en el caso que los fines de la organización [sean] graves”.

¹⁰⁸⁸ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 195, pone de relieve que este precepto es uno de los más aplicados por la Audiencia Nacional. En concreto, el Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, en la conferencia “Prosecuting Terrorism: America's Challenge Then & Now” presentada en el Centro de Derecho y Seguridad de la New York University el 10 de octubre de 2007 (cfr. el

finalidad de dicha figura es evitar cualquier forma de apoyo material y logístico a una banda armada terrorista¹⁰⁸⁹, y, así, aminorar la potencialidad lesiva de sus actividades¹⁰⁹⁰. Por ello, es indiferente que tales conductas no guarden relación de autoría o participación con los concretos delitos ejecutados, ni formen parte de su *iter criminis* punible, o que dicha conexión no se haya podido demostrar. La tipificación de este delito se vincula tanto a razones de efectividad práctica como a motivos de carácter procesal¹⁰⁹¹, puesto que el avance de las barreras de punición permite el castigo de hechos alejados de la efectiva lesión de un bien jurídico y facilita la actividad probatoria en dos sentidos. Ciertamente, por un lado, permite la condena de aquellos sujetos respecto de quienes no existe prueba sobre su participación en las concretas infracciones cometidas por la organización. Ahora bien, por el otro, faculta a la policía para investigar en el ámbito previo de otros delitos, investigación que de otro modo sería improcedente, y posibilita que el juez pueda autorizar medidas indagatorias que conduzcan al descubrimiento de hechos delictivos sobre los que no existía sospecha inicial¹⁰⁹².

De este modo, se castigan aportaciones que no se materializan en un delito específico –porque no se inició su ejecución, ni son punibles por conspiración, proposición o provocación–, o sobre las que no existe

siguiente enlace: <http://www.lawandsecurity.org/events/prosecutingterrorism.cfm>; última fecha de visita el 13 de octubre de 2008), afirmó que, en España, el 70% de las condenas relacionadas con el terrorismo son por pertenencia y colaboración con banda armada.

¹⁰⁸⁹ En este sentido, véase la STS de 2 de febrero de 1993 (ponente Bacigalupo Zapater).

¹⁰⁹⁰ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.901, siguiendo a MOYNA MÉNGUEZ, considera que “se trata del castigo de determinados comportamientos (...) que el legislador pune porque contribuyen eficazmente a ayudar a las bandas, organizaciones y grupos terroristas”.

¹⁰⁹¹ En este sentido, la Circular 3/1975, de 25 de septiembre, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que se pronunció respecto al Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, el cual dio carta de naturaleza autónoma al delito de favorecimiento con organización terrorista, justificaba esta figura tanto por razones materiales, es decir, porque el delito-fin no se había ejecutado, como por motivos probatorios, esto es, “porque no exist[ía] prueba suficiente de la relación subjetiva y objetiva entre las conductas en cuestión y el supuesto de hecho principal” (cfr. el texto de la Circular en “Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975”, pp. 354-380, p. 363). En la doctrina, véanse CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 51; GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, p. 53; LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. III; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 190.

¹⁰⁹² Así, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, pp. 111 ss.; LA MISMA, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, pp. 870-871, respecto a la figura de la asociación ilícita.

prueba de su vinculación con una infracción concreta¹⁰⁹³ –bien porque no puede demostrarse la autoría de ningún sujeto¹⁰⁹⁴, bien porque no se sabe con exactitud si esa ayuda recayó finalmente en algún delito o en cual lo hizo-.

En la práctica, es una muestra de aportación cuyo destino final se desconoce el denominado “caso Bultó”. En dicho supuesto, un sujeto había colaborado con la banda armada terrorista “Ejército Popular Catalán”, grupo que, entre otras actividades delictivas, asesinó a un industrial a mediados de 1977, realizando “vigilancias de personalidades de la vida económica y financiera catalanas” y “coordinando las informaciones recibidas de otros miembros del grupo para pasarlas a los máximos dirigentes de la organización”. Por estos hechos, la Audiencia Nacional le condenó como cómplice de asesinato. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de diciembre de 1982 (ponente Moyna Ménguez), entendió que tales conductas eran constitutivas de colaboración con banda armada, puesto que se realizaron con anterioridad al momento en que se pensó en dicho industrial catalán como objetivo. A juicio de la Sala Segunda, dichos actos preparatorios estaban “desligados de un resultado concreto y determinado, (...) sin relación, cuando tales actividades tenían lugar, con un proyecto delictivo definido, pues con anterioridad al mes de abril 1977 las llamadas ‘acciones económicas’ no habían pasado de simples resoluciones manifestadas respecto de un ‘modus operandi’ sin mayores concreciones sobre tiempo, ocasión y sujeto pasivo, no constando además (...) que los autores del hecho criminal ‘se sirvieran única, exclusiva y principalmente de estas informaciones’”.

En consecuencia, tal precepto supone un importante avance de las barreras de punición al no exigir lesión ni puesta en peligro concreto de un bien personal y conlleva una simplificación de la tarea probatoria para imputar un delito. Además, eleva *ex lege* a comportamientos de autoría

¹⁰⁹³ En este sentido, ARROYO ZAPATERO, “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo”, p. 405; y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 249.

¹⁰⁹⁴ Téngase en cuenta que, como indica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 161, el principio de accesoriadad en materia de participación pone trabas a la imputación de determinados actos de colaboración con un delito concreto, cuando no puede probarse la autoría de ningún sujeto; principio que es acogido por la jurisprudencia española (cfr., entre otras, las SSTS de 14 de noviembre de 2006, y de 29 de julio de 2002, ponente Bacigalupo Zapater; y de 8 de noviembre de 2004, ponente Maza Martín, que afirman que tal principio rige en nuestro derecho. Sin embargo, hay que poner de relieve que la SAN de 29 de octubre de 2007, ponente Rodríguez Fernández, castiga a dos sujetos como cooperadores necesarios en los delitos terroristas de estragos y asesinato sin haber sido identificados los autores materiales de los hechos).

conductas identificables estructuralmente con la cooperación o la complicidad¹⁰⁹⁵. Por ello, presenta problemas de legitimidad desde la perspectiva de los criterios de imputación clásicos¹⁰⁹⁶. Sin embargo, la doctrina ha elaborado distintos modelos de atribución de responsabilidad que tratan de justificar la licitud de su castigo (así como de la pertenencia a organización criminal).

1. Legitimidad

A) Modelos de atribución de responsabilidad

Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ¹⁰⁹⁷, para el sector mayoritario de la doctrina, una organización criminal conforma un sistema de injusto autónomo, es decir, independiente del propio de los delitos concretos que se cometen en su seno. Desde esta perspectiva, se considera que la mera existencia de la asociación ilícita, en tanto que sistema de distribución estable y racional de papeles en orden a la comisión de un número indeterminado de delitos, lesiona la seguridad general y la paz pública, lo que legitima que se transfiera responsabilidad a cada uno de sus miembros y colaboradores por el ser de la organización. Así, pues, éste es el denominado “modelo de la transferencia”, del que se sirven aquellas propuestas que contemplan los delitos asociativos como infracciones autónomas que lesionan un bien jurídico supraindividual¹⁰⁹⁸.

Ahora bien, siguiendo al citado autor¹⁰⁹⁹, dicha transferencia de responsabilidad a sujetos particulares por el “ser” de la organización

¹⁰⁹⁵ CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 199-200; y GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 205. Ciertamente, en el organigrama general de una organización terrorista el colaborador suele realizar tareas que, desde la óptica de un delito concreto y aplicando las normas genéricas de autoría y participación, corresponderían a un partícipe (cooperador necesario o cómplice). Sin embargo, en el delito previsto en el art. 576 CP, tales colaboradores son autores si realizan las concretas conductas descritas. Es decir, el delito de colaboración con banda armada es un delito autónomo (en este sentido, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 54 y 70 ss.; y las SSTs de 1 de octubre de 2007, ponente Sánchez Melgar; y de 29 de noviembre de 1997, ponente García-Calvo y Montiel).

¹⁰⁹⁶ En el mismo sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 893.

¹⁰⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.075 ss., con ulteriores referencias.

¹⁰⁹⁸ Véase *supra* 2^a.III.2.A.

¹⁰⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.080 ss.

“constituye un expediente de imputación individual de un hecho colectivo no fácil de fundamentar” desde las formas convencionales de intervención en el delito, puesto que un miembro concreto de una asociación criminal –y menos un colaborador- no domina la peligrosidad de ésta. Además, dado que la transferencia de responsabilidad por un estado de cosas se realiza en virtud de una adhesión, por un lado, no es necesario que se realicen conductas, esto es, que se trate de miembros o cooperadores activos. Por el contrario, es suficiente para imputar responsabilidad que un sujeto se declare dispuesto a intervenir en los delitos-fin de la organización, de modo que cabe incriminar a los meros miembros formales. Y, por el otro lado, la configuración del tipo del delito de pertenencia como un tipo autónomo facilita la punibilidad de las formas de imperfecta realización, adelantando todavía más las barreras de punición por estos hechos. En definitiva, pues, se posibilita el castigo de conductas *de puesta en peligro de un peligro*.

En cambio, una opinión minoritaria contempla a las asociaciones ilícitas en su dimensión “de estado –institucional- de cosas favorecedor de los delitos concretos cometidos luego en su marco”¹¹⁰⁰. Según este punto de vista, la organización afecta a los bienes jurídicos protegidos por las infracciones cuya ejecución constituye su meta, esto es, los delitos-fin del grupo criminal. Aunque el riesgo creado por una determinada aportación no se materialice en ningún resultado concreto, éste pervive en el seno de la organización¹¹⁰¹, lo que representa un peligro¹¹⁰² para los bienes jurídicos más esenciales de las personas¹¹⁰³. De este modo, la banda armada actualiza y concreta cada aportación cuando ejecuta los delitos-fin¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.077.

¹¹⁰¹ Según SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.084, la organización “garantiza la pervivencia del riesgo creado por un miembro”.

¹¹⁰² Como indica CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 135, “la existencia de la organización terrorista, en cuanto realidad que trasciende la personalidad de sus integrantes, es un dispositivo que incrementa la peligrosidad” (aunque a su juicio la nuda peligrosidad no puede justificar el contenido de injusto de estas infracciones).

¹¹⁰³ En este sentido, LAMPE, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, pp. 683 ss. y 693 ss., “parte de que las empresas con tendencia criminal pueden considerarse ‘sistemas de injusto’ de los que surgen ‘injustos de sistema’, esto es, comportamientos que lesionan bienes jurídicos y que (...) son favorecidos por su estructura organizativa (responsabilidad por la organización empresarial)” (cfr. PASTOR MUÑOZ, “¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara”, p. 6; y CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 29).

¹¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.084.

En consecuencia, pues, el adelantamiento de las barreras de protección se justifica¹¹⁰⁵ “por la mayor peligrosidad para el bien jurídico que entraña un ataque ‘organizado’ (a través de asociaciones) al mismo”¹¹⁰⁶, y se imputa responsabilidad a cada sujeto con base en su actividad favorecedora de la comisión de delitos¹¹⁰⁷. Así, éste es el llamado “modelo de responsabilidad por el hecho propio” del miembro o colaborador, el cual se acoge en este trabajo para justificar y limitar los actos de colaboración con banda armada (y la pertenencia), puesto que es más acorde con un Derecho Penal liberal en el que no pueden castigarse actos internos o muy alejados de la efectiva lesión de un bien jurídico. Como se verá, tal modelo es más respetuoso con los criterios clásicos de imputación jurídico-penal, ya que impide el castigo de la pertenencia y la colaboración formales y dificulta la punición de los actos preparatorios y ejecutivos en estas figuras.

B) El “modelo de responsabilidad por el hecho propio” como fundamento del delito de colaboración con banda armada

Con base en los fundamentos de este último modelo, por tanto, sólo puede ser legítimo el castigo de aquéllas aportaciones genéricas individuales cuyo riesgo pueda ser actualizado en cualquier momento y concretado en un delito específico¹¹⁰⁸. De este modo, las conductas

¹¹⁰⁵ Desde la lógica del adelantamiento de las barreras de punición, se afirma que la tipificación de este precepto es legítima puesto que tiene por finalidad proteger los bienes jurídicos personalísimos que resultan atacados de manera inmediata por la actividad terrorista. Así, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 54, aunque también hace alusión a la paz social.

¹¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.094. Véase, también, CANCIO MELLÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 28, quien se refiere a la calidad de las organizaciones como “dispositivos de multiplicación de los distintos factores de riesgo respecto de los bienes jurídicos individuales afectados por las infracciones cometidas a través” de ellas.

¹¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.094.

¹¹⁰⁸ Piénsese que tal actividad genérica favorece la propia infraestructura de la organización, esto es, su base orgánica, conformada por personas y bienes de todo tipo, así como la propia ejecución de delitos. En tal sentido, ARROYO ZAPATERO, “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo”, p. 409, afirma que el favorecimiento a una asociación ilícita como tal puede ser a “su estructura organizativa” y a “los presupuestos materiales de la continuidad de la misma y de todas las actividades tendentes a dar cumplimiento al fin para el que éstas surgen”; ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 266, considera que el rol de un miembro consiste “en la preparación o mantenimiento de la infraestructura ordenada a la comisión de los delitos-fin, o en la participación en la ejecución de éstos”; y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 249, opina que las formas de colaboración

favorecedoras de la ejecución de delitos-fin de la asociación delictiva tienen que presentar alguna de las siguientes estructuras. En primer lugar, es lícito castigar los actos de colaboración que constituirían participación punible en un delito concreto en caso de haberse iniciado su ejecución¹¹⁰⁹. Así, por ejemplo, facilitar información sobre personas a una banda terrorista es un acto de cooperación necesaria o complicidad en un homicidio o un secuestro a partir del comienzo de su tentativa.

En segundo lugar, también es legítima la tipificación de aquellas aportaciones que tengan efectos estables sobre la organización y pueda estimarse que favorecen por sí solas su existencia¹¹¹⁰. Por ejemplo, donar una suma dineraria tal que garantice la autonomía financiera de la banda armada durante años¹¹¹¹, o facilitar la clave de acceso a los ordenadores de la policía que permita que la organización se adelante a todas sus investigaciones.

Ahora bien, en tercer lugar, también son susceptibles de favorecer la peligrosidad de un grupo terrorista otros actos de menor entidad que los citados, como entregas monetarias no tan elevadas o la ocultación de un único miembro. En el seno de una organización criminal, tales ayudas pueden actualizarse en cualquier momento y materializarse en un delito concreto, aunque cada acto, individualmente considerado, no tenga la suficiente relevancia como para garantizar su pervivencia por sí mismo¹¹¹². Sin embargo, dada esta diferencia de grado, en un segundo

parecen “sancionar cualquier comportamiento que de un modo u otro suponga apoyo a la actividad o a la propia existencia de la organización”.

¹¹⁰⁹ Así, SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.092, respecto a la pertenencia.

¹¹¹⁰ En términos parecidos se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.094, aunque dicho autor hace referencia al favorecimiento de la peligrosidad de tales organizaciones.

¹¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.094, nota 69.

¹¹¹² De este modo, la tipificación de los siguientes actos de colaboración descritos en el art. 576 CP es legítima: en primer lugar, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, puesto que son actos esenciales para esconder bienes y a sujetos vinculados con la banda (del mismo modo que su ocultación o traslado), o, incluso, para mantener a terceros secuestrados; en segundo lugar, la organización de prácticas de entrenamiento, ya que es indispensable a la hora de adiestrar a futuros terroristas; y, por último, cualquier otra forma de cooperación con la actividad de las citadas asociaciones, siempre y cuando el riesgo que comporten pueda ser actualizado y concretado en un delito específico. Así, por ejemplo, debería quedar al margen del Derecho Penal la conducta consistente en facilitar a integrantes de ETA un mapa pie del País Vasco, en el que no constaba ninguna inscripción o dato ulterior, puesto que tal conducta no es susceptible de favorecer la comisión de delitos. Además, un mapa de dichas características puede conseguirse en cualquier establecimiento o, incluso, en *Internet*. Sin embargo, la SAN de 21 de mayo de 2003 (ponente Bermúdez de

nivel hay que cuantificar las aportaciones¹¹¹³, atendiendo a su importancia en relación a la peligrosidad que cada acto específico transfiere a la organización. De este modo, lo que cambia en los distintos supuestos mencionados es la **cantidad** de la aportación. Así, aunque a todos los colaboradores citados se les puede imputar objetivamente un comportamiento, hay que hacerlo en diferente medida. Por tanto, el monto de la pena debería poder graduarse según la relevancia individual del acto de colaboración, esto es, según la cantidad de injusto aportado a la peligrosidad global de la organización por cada sujeto en concreto.

En consecuencia, pues, existen dos niveles de análisis: mientras el primero fundamenta la responsabilidad, el segundo valora el grado de peligrosidad de cada conducta de colaboración, es decir, el monto de la sanción. De este modo, la aportación que contribuye por sí misma a la propia existencia de la organización es distinta y más intensa de aquella otra que sólo favorece la comisión de delitos al poder usarse en cualquier momento. Así, la pena debería ajustarse según la cantidad de ayuda aportada.

Ciertamente, no es lo mismo entregar un millón de euros a una banda armada, que cien, o que diez. Por tanto, de *lege ferenda*, convendría que la pena de este delito pudiera adaptarse en todo caso a la gravedad de la aportación, lo que implica: en primer lugar, que el marco penal no debería comenzar a partir de los cinco años de privación de libertad, sino que debería existir la posibilidad de imponer una pena de prisión más corta¹¹¹⁴; y, en segundo lugar, que tendría que preverse la pena de multa como alternativa a la cárcel para aquellos supuestos rayanos a la insignificancia. Es más, enlazando con esta última idea, también habría que dejar un margen al principio de insignificancia en la aplicación de este

la Fuente) castigó tal hecho con la pena de 5 años de prisión. También critica la punición de esta conducta CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 7; EL MISMO, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 218.

¹¹¹³ Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 267, respecto a la intervención delictiva en un único hecho. Véase, también, JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, p. 179, quien considera que el dominio del hecho “no es otra cosa que la cuestión de la cantidad de intervención”.

¹¹¹⁴ En este sentido, recuérdese la STC 136/1999, de 20 de julio (ponente Viver Pi-Sunyer), citada *supra* 2ª II.4.B.b, que consideró “constitucionalmente objetable” la ausencia de una cláusula en el art. 576 CP que permita imponer una pena inferior a la mínima establecida con carácter general atendiendo a la gravedad de la conducta; así como el caducado Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en materia de delitos de terrorismo, presentado por el Gobierno el 25 de octubre de 1999, que rebajaba el mínimo de las penas previstas en el citado precepto a tres años de prisión, con tal de adaptar el contenido de dicha resolución a la legalidad vigente.

tipo. Como es sabido, dicho principio, cuya formulación corresponde a ROXIN, es un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que permite excluir desde el inicio daños de poca importancia¹¹¹⁵.

Así, a mi juicio, aquellas conductas cuyo contenido es más simbólico que efectivo tienen que mantenerse al margen del Derecho Penal. Por ejemplo, poner un euro en un arca destinada a recaudar fondos para la banda terrorista ETA, es un hecho que no debe castigarse con base en ese principio. Ciertamente, el límite exacto entre un acto de colaboración insignificante y un acto típico no puede determinarse de un modo cierto e irrefutable. Sin embargo, tal extremo pone de manifiesto que la pena de este delito tendría que empezar con la multa e ir agravándose según el injusto de la conducta. Es decir, si la donación de un euro es un acto insignificante mientras que la entrega de cien euros puede considerarse un hecho típico, la diferencia de injusto no conlleva pasar de la impunidad a una pena de prisión de, como mínimo, 5 años¹¹¹⁶.

Ahora bien, de *lege lata*, la única solución que permite el Código Penal para rebajar la pena en aquellos supuestos en los que concurra un menor contenido de injusto es la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6^a. Como es sabido, en la doctrina española hay opiniones distintas acerca del alcance que debe darse a dicha atenuante, que se refiere a “*cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores*”. Algunos autores consideran que debe tratarse de circunstancias similares a las expresamente mencionadas en el art. 21 CP¹¹¹⁷. Una segunda posición entiende que hay que tomar en consideración el fundamento, pero a

¹¹¹⁵ Cfr. ROXIN *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, p. 53, texto y nota 53. De este modo, LUZÓN PEÑA, “Causas de atipicidad y causas de justificación”, p. 28, indica que “no pueden ser penalmente típicas acciones que, aunque en principio encajen formalmente en una descripción típica y contengan algún desvalor jurídico, o sea, que no estén justificadas y no sean plenamente lícitas, sin embargo en el caso concreto su grado de injusto sea mínimo, insignificante”. Por ello, cuando dentro de una conducta típica que se considera grave “pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor sea insignificante” el principio de insignificancia determina la exclusión de la tipicidad de ese hecho (ahora bien, tal principio no puede operar “cuando la propia Ley penal ha configurado –equivocadamente– un tipo que en su totalidad describe una conducta insignificante, pues en ese caso sólo cabe solicitar su supresión de *lege ferenda*, pero la labor dogmática no puede anular una decisión clara del legislador”).

¹¹¹⁶ A menos, claro está, que la insignificancia no juegue ningún papel relevante y se considere que también tiene que castigarse con esta pena cualquier entrega monetaria, aunque sea un céntimo de euro. Sin embargo, tal concepción presenta dudas desde la óptica del principio de proporcionalidad.

¹¹¹⁷ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 793; y OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica*, p. 94.

partir de las concretas circunstancias atenuantes previstas en tal precepto¹¹¹⁸. Finalmente, un sector de la doctrina entiende que lo relevante es la razón de la atenuación y, por tanto, se puede aplicar la atenuante analógica, con independencia de si hay o no una circunstancia o fundamento concreto similar a los mencionados en el art. 21 CP, cuando concurre un fundamento que explica la atenuación de la responsabilidad¹¹¹⁹. De este modo, se considera que, en general, el fundamento de la atenuación puede radicar en una disminución del injusto o de la culpabilidad, o bien en razones de política criminal o de justicia material¹¹²⁰.

Así, desde esta última perspectiva, de apreciarse la atenuante analógica, además, como muy cualificada, podría rebajarse la pena de un acto de colaboración en uno o dos grados (art. 66.1.2ª CP), atendiendo al menor contenido de injusto de cada caso concreto. De este modo, se aplicaría, *de facto*, el contenido de la STC 136/1999, de 20 de julio (ponente Viver Pi-Sunyer), que declaró desproporcionada la pena impuesta a los miembros de HB por ceder sus espacios electorales a ETA¹¹²¹. De lo contrario, la única solución posible es, tal y como hizo dicha resolución, no apreciar este delito en los supuestos cuyo castigo a una pena de prisión de como mínimo 5 años vulnerase el principio de proporcionalidad atendiendo a su injusto específico.

Además, como se acaba de indicar, también en el plano del ser hay que tener en cuenta el principio de insignificancia a la hora de aplicar el art. 576 CP en su actual redacción. Téngase en cuenta que si se castigaran hechos insignificantes, como la donación de un euro, su punición se fundamentaría en términos de daño acumulativo o daño derivado de la repetición, esto es, se caería en el ámbito de los denominados “delitos de acumulación”, puesto que se valoraría la posibilidad de que si muchos otros sujetos entregasen la misma cantidad, la banda armada conseguiría una suma nada desdeñable. Como es sabido, los “delitos cumulativos (o acumulativos)” (*Kumulationsdelikte, accumulative harms*) permiten sancionar penalmente una conducta individual aunque “ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta *–per se* no lesiva-

¹¹¹⁸ Así, VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 223; también, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica*, p. 94.

¹¹¹⁹ De esta opinión, ZUGALDÍA ESPINAR, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 796.

¹¹²⁰ Véase ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, pp. 38-39 y 55-57.

¹¹²¹ Véase *supra* 2ª II.4.B.b, con más detalle.

se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico¹¹²². Así, aunque un sector de la doctrina los admite¹¹²³, esta categoría contradice el modelo de responsabilidad por el hecho propio acogido en este trabajo para legitimar el castigo de los actos de colaboración¹¹²⁴. Como ponen de relieve sus detractores¹¹²⁵, si únicamente se atiende al daño cumulativo no se realiza una valoración del hecho específico. Por el contrario, se valora la trascendencia global de ese género de conductas, lo que “es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado”¹¹²⁶. En definitiva, una sanción que no se funde en la dimensión de lesividad del comportamiento individual no introduce elementos de dañosidad concreta, sino que únicamente se atiende al peligro global, presunto o estadístico¹¹²⁷.

Hasta aquí, pues, se ha tratado sobre el fundamento de esta figura. No obstante, en la práctica se plantean distintos problemas a la hora de aplicarlo: en primer lugar, los tribunales castigan a sujetos que realizan las conductas descritas como actos de colaboración en virtud del delito de pertenencia a organización terrorista; en segundo lugar, aceptan las formas imperfectas de ejecución; en tercer lugar, mantienen una interpretación muy amplia de las conductas típicas; en cuarto lugar, aplican las normas generales de la autoría y la participación siempre que existe prueba de que la concreta aportación realizada guarda relación con un delito de resultado concreto; y, por último, interpretan restrictivamente la aplicación de las causas de justificación.

¹¹²² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 131, con ulteriores referencias.

¹¹²³ Sobre los autores que legitiman estos delitos, el alcance de su postura, los argumentos esgrimidos y algunas de las críticas realizadas a dicha teoría, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 131-136.

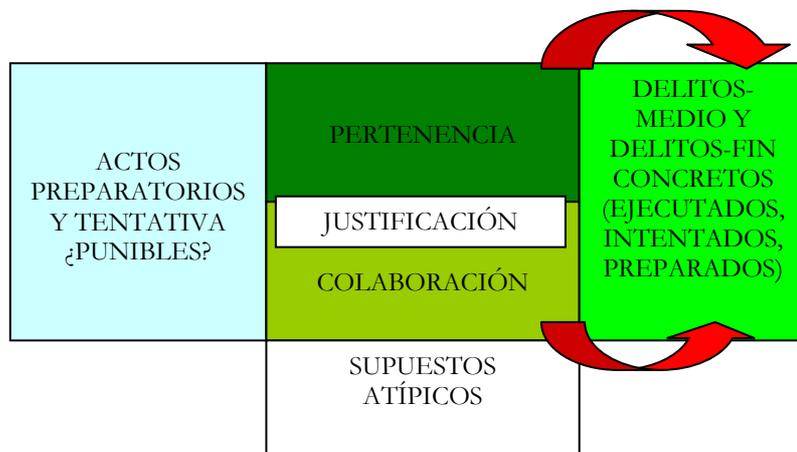
¹¹²⁴ Por el contrario, como indica FEIJÓO SÁNCHEZ, “Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*”, p. 1.209, respecto al delito de pertenencia, tal infracción “no es digna de los reparos que presentan los delitos de cumulación”.

¹¹²⁵ Cfr., ALCÁZER GUIRAO, “La protección de futuro y los daños cumulativos”, pp. 164-165 y 174 (téngase en cuenta que este autor acepta que los efectos cumulativos pueden castigarse legítimamente, “como un medio de asegurar las condiciones [ambientales] futuras de la especie humana”. Sin embargo, lo considera inadmisibles en la tutela de los bienes jurídicos personales, “por cuanto requisito de un injusto penalmente relevante desde esta perspectiva es un grado de peligro actual para intereses personales”); FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre la ‘administrativización’ del Derecho Penal en la ‘sociedad del riesgo’”, pp. 159-163; EL MISMO, *Retribución y prevención general*, pp. 816 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 126-127.

¹¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 127.

¹¹²⁷ Así, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 127.

Por tanto, en las líneas que siguen se analizará, ante todo, el límite superior de este delito, esto es, dónde termina la colaboración con banda armada y comienza la pertenencia; posteriormente, se establecerá su frontera anterior, determinando los supuestos que quedan en fases del *iter criminis* previas a la consumación del acto de ayuda¹¹²⁸; seguidamente, se fijará el ámbito de cooperación no punible, es decir, los casos de atipicidad; a continuación, se concretará su límite lateral en los supuestos en que se pueda castigar un hecho atendiendo a las reglas generales de la autoría y la participación, al haberse materializado el riesgo realizado en un delito específico y existir pruebas de dicha conexión; y, finalmente, se determinará el campo de aplicación de las causas de justificación y de inexigibilidad.



2. Límite superior: la diferencia entre pertenecer y colaborar

Del texto del Código Penal español (arts. 515.2º y 516) se desprende que pertenecen a banda armada, organización o grupo terrorista sus promotores, directores y dirigentes y los integrantes en general¹¹²⁹. En

¹¹²⁸ Téngase en cuenta que el art. 579.1 CP prevé la punición de los actos preparatorios punibles respecto al tipo de colaboración con banda armada. Del mismo modo, el art. 518 CP castiga la conspiración, la proposición y la provocación para cometer el delito de pertenencia a organizaciones o grupos terroristas.

¹¹²⁹ Ya en este sentido, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.884.

cambio, son colaboradores los que llevan a cabo, recaban o facilitan cualquier acto de colaboración descrito en el art. 576.2. Por tanto, en una organización terrorista, o se es miembro o se es colaborador, pero, a efectos penales, una misma persona no puede ostentar ambos roles o condiciones sin vulnerar el principio *non bis in idem*¹¹³⁰. No obstante, en la práctica no resulta fácil diferenciar entre el integrante no promotor, director o dirigente y el colaborador.

Así, para un sector jurisprudencial, la frontera entre la pertenencia (genérica) y la colaboración debe trazarse en clave **cualitativa** y no cuantitativa. De este modo, mientras quien lleva a cabo los actos descritos en el 576 CP es colaborador, aquél que posteriormente utiliza estas aportaciones para ejecutar delitos concretos es perteneciente.

En este sentido, la STS de 29 de mayo de 2003 (ponente Giménez García) establece que “la pertenencia, supone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o de ejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576 del Cp que define comportamientos propios de complicidad, por lo tanto de naturaleza periférica en el marco de la actividad de las bandas terroristas, y que constituyen un auxilio o preparación de otro comportamiento”¹¹³¹.

Por el contrario, según la postura mayoritaria en los tribunales, lo que diferencia a un miembro de un colaborador es la permanencia o estabilidad dentro del grupo armado que ostenta el primero. De este modo, lo más usual es que la Sala Segunda y la Audiencia Nacional consideren que un sujeto que realiza actos descritos como cooperación es integrante, si puede determinarse que ostentaba una posición **estable y permanente** dentro de la banda armada.

Como pone de relieve la SAN de 20 de octubre de 2001 (ponente Ollero Butler), “han sido consideradas suficientes para condenar por pertenencia-integración, tener por cometido la recepción y expedición de documentos explicativos de la organización terrorista; ser responsable de la ocultación, bajo tierra, de material preciso para la actuación de la organización, como croquis y datos sobre un polvorín; planos de la zona y datos de policías objetivos de

¹¹³⁰ Sobre tal incompatibilidad, véanse FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 217; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 202 ss.

¹¹³¹ Véase, también, la STS de 28 de junio de 2001 (ponente Giménez García).

atentados; poseer una máquina de escribir con la que se escribieron datos y señas de un empresario; tener pisos locales para cobijar a activistas; guardar armas y explosivos; aceptar estar encuadrado en un ‘talde’ legal de la organización; tener conocimiento y disponibilidad de un buzón; participar en la construcción de un ‘zulo’; facilitar llaves de un piso de su propiedad; proporcionar el teléfono, filiación y contraseñas a la organización”. De este modo, dicha Sentencia establece que las conductas descritas como colaboración con grupo terrorista también pueden ser llevadas a cabo por sus miembros, por lo que “la pertenencia a banda armada, (...), se corresponde con aquellos comportamientos en los cuales hay una **pluralidad de actos** de auxilio y cooperación con la organización que acreditan y son expresión de una integración en la estructura jerárquica de la misma”¹¹³². En este sentido, la SAN de 22 de junio de 2000 (ponente García Pérez) considera que “la diferenciación entre la pertenencia y la colaboración, prevista en el art. 576 CP, no puede radicar en el criterio subjetivo de las personas sino en elementos objetivos, como la estabilidad y la iteración en las conductas relacionadas con la banda”; y el ATS de 8 de febrero de 2002 (ponente Martín Pallín) afirma que las conductas consistentes en llevar a cabo actos de auxilio y cooperación, como proporcionar alojamientos, información, traslados, confeccionar placas de matrícula, etc., que van desde el mes de marzo de 1995 hasta el año 1999, constituyen un delito de pertenencia a banda armada, “al estar establemente a las órdenes y disposición de ETA, formando parte de su estructura y organigrama como soporte básico de la infraestructura de comandos operativos”¹¹³³. Por último, hay que indicar que la SAN de 31 de octubre de 2007 (ponente Gómez Bermúdez), “caso 11-M” establece que “la diferencia entre el delito de pertenencia a banda armada y la colaboración no depende del tipo o clase de acto ejecutado, sino de quien lo ejecute y de su vinculación, permanente o episódica, con el grupo terrorista”¹¹³⁴.

Es más, sólo desde esta segunda perspectiva tiene sentido considerar que entre el delito de pertenencia y el de colaboración existe homogeneidad, de modo que se pueda condenar por delito diferente de aquél por el que se acusó sin que ello suponga indefensión para el imputado¹¹³⁵. Si la

¹¹³² Negrita añadida.

¹¹³³ Más recientemente, véanse la STS de 16 de febrero de 2007 (ponente Martínez Arrieta); y la SAN de 27 de febrero de 2008 (ponente Guevara Marcos).

¹¹³⁴ En relación con esta Sentencia, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 27, pone de relieve que tal criterio implica la conversión de un determinado tipo penal en otro distinto por el mero factor de su reiteración.

¹¹³⁵ Esto es lo que establece, entre otras, la STS de 29 de mayo de 2003 (ponente Giménez García).

diferencia entre ambas figuras es cuantitativa, que el número de actos de colaboración probados constituya uno u otro delito, cuya decisión corresponderá al tribunal, no incide en la posibilidad de defensa del acusado.

Por su parte, también en la doctrina pueden encontrarse las dos posturas mencionadas. Así, mientras que algunos autores trazan la diferencia entre estas dos figuras en clave cualitativa¹¹³⁶, otro sector, que a mi juicio es el

¹¹³⁶ En este sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 198, considera que “si en la pertenencia a ésta se trata de un acto de adhesión materializado a la organización, en las infracciones de colaboración, se trata de algo *menos*: de la aportación de algún elemento funcional para el funcionamiento de la estructura terrorista”. Así, en su opinión, en el delito de colaboración existe una menor entidad del compromiso respecto al de pertenencia, lo que se compensa por la exigencia de una contribución concreta, y sólo de un modo indirecto “las conductas de colaboración participan del injusto propio de los delitos de organización”; y PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, *passim*, p. 2. A su juicio, mientras que la acción del integrante consiste en una aportación causal a la preparación o a la ejecución del delito, los colaboradores no intervienen activamente en la preparación y ejecución de las infracciones que constituyen el propósito principal de la organización. Así, “la gran mayoría de las acciones que contribuyen causalmente al mantenimiento de las estructuras organizativas de la banda, pero que no contribuyen causalmente de un modo efectivo (o lo hacen de manera objetivamente imprevisible, o de modo no intencionado) a algún delito específico de los que la banda tiene por objeto deberán ser reconducidas, en su caso, al tipo penal de colaboración con banda armada, nunca al de integración” (p. 3). Ahora bien, desde esta perspectiva, en primer lugar, los actos de colaboración descritos en el art. 576 CP representan (o pueden representar) una aportación a la preparación o ejecución de delitos. Así, por ejemplo, la construcción de un zulo es una aportación a la preparación o ejecución de un secuestro (es más, los colaboradores también son considerados posibles sujetos activos de los delitos materialmente terroristas); en segundo lugar, *ex ante* no se puede distinguir entre las acciones que contribuyen causalmente a la preparación y ejecución de delitos y las que contribuyen causalmente al mantenimiento de las estructuras organizativas de la banda, puesto que la mayoría son idóneas para ambos menesteres. Por ejemplo, la donación de un millón de euros tanto puede servir para mantener a los miembros de una organización como para comprar armamento con el que ejecutar un delito; o la captación de miembros tanto puede ir dirigida a que estos realicen tareas genéricas como a que ejecuten delitos. En consecuencia, es contradictorio afirmar (p. 3) que aquellos “comportamientos más lejanamente relacionados con la específica actividad delictiva que dota de sentido a la banda armada, como actividades de captación de miembros o de fondos, nunca pueden ser consideradas como delito de integración en banda armada, sino a lo sumo, en su caso, como delito de colaboración”. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿el tesorero de una organización no puede ser considerado miembro?; y, por último, con este criterio se diluyen las fronteras entre la figura de la pertenencia y la autoría o participación en un delito concreto. De hecho, el propio autor indica, en la p. 3, que “todas aquellas conductas que (**conforme a las reglas generales de la responsabilidad de los partícipes**) signifiquen cooperación en la preparación o en la ejecución de un

mayoritaria, considera que la distinción entre ambos preceptos se basa en el grado de integración en la organización terrorista, esto es, si la ayuda es permanente (pertenencia) o episódica (colaboración)¹¹³⁷. Ahora bien, en mi opinión, no se concreta a partir de que momento puede considerarse que una contribución es estable —¿basta un acto de ayuda, diez, veinte?—, ni los criterios para constatarlo, esto es, qué elementos de prueba pueden determinar que la colaboración es, bien permanente, bien esporádica.

A) *La asunción de un rol estable*

Establecido, pues, el estado de la cuestión en los tribunales y en la doctrina, así como los problemas de concreción que no están resueltos, en este apartado se procederá a tomar postura sobre dichas cuestiones. Ciertamente, ante todo, la frontera entre la integración y la colaboración no es tarea fácil. Sin embargo, es necesario establecer criterios de distinción por dos razones: a efectos prácticos, la pena es —y debe ser— algo más alta en el delito de pertenencia¹¹³⁸; y, en orden a una mayor claridad dogmática, hay que diferenciar entre aquellas figuras que presentan rasgos distintivos.

Así, a mi juicio, el miembro de una asociación terrorista se caracteriza porque realiza permanentemente una o más tareas para la organización,

determinado delito deberán ser calificadas como integración en banda armada, no como colaboración” (negrita añadida).

¹¹³⁷ Así, para MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo, passim*, p. 188, “la diferencia entre ambos preceptos no puede ser otra que el grado de integración en la organización terrorista; esto es, la permanencia más o menos prolongada en el tiempo, que ha de determinar la integración, y la episódica o eventual colaboración”, y p. 194. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.617, considera que “el delito de pertenencia a banda armada incluye la colaboración permanente con las actividades y los fines de la organización”; RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 58, afirma que “quien colabora habitualmente con una organización terrorista forma parte de esa organización. Sólo quien de forma puntual ofrece su apoyo o auxilio se puede considerar colaborador”; y CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo, passim*, p. 75, opina que “en multitud de ocasiones, la conducta del integrado y del colaborador resulta idéntica en un plano operativo”. Así, en palabras de este autor, p. 61, el delito de integración se caracteriza por un “estar”, mientras que el delito de colaboración se significa por un “hacer”. Véanse, también, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, pp. 266-268; y SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.087.

¹¹³⁸ Cfr. los arts. 516.2 y 576 CP.

por lo que ostenta una posición **estable** en el organigrama del grupo¹¹³⁹. En cambio, el colaborador lleva a cabo actos ocasionales, no extendidos en el tiempo, sin que pueda contarse con su cooperación *a priori*¹¹⁴⁰. En otras palabras: quien pertenece a una banda armada desempeña un **rol** dentro de su esquema organizativo, esto es, la aportación que realiza se encuentra institucionalizada¹¹⁴¹, mientras que el colaborador no forma parte de la distribución de tareas o funciones predeterminadas que el grupo realiza para gestionarse.

De este modo, es integrante tanto quien se dedica plenamente a cuestiones logísticas (por ejemplo, destina todo su tiempo a alquilar pisos francos y a encubrir a otros miembros de la banda), como quien realiza dichas tareas de modo ocasional pero repetidamente (por ejemplo, tiene la función de ocultarlos cada lunes y trasladarlos cada miércoles). Ambos sujetos desempeñan un rol permanente e institucionalizado dentro del grupo armado. Por el contrario, es colaboradora la persona que también esconde a terroristas en su casa en una o, incluso, en más ocasiones, pero sin que pueda presumirse que se ha establecido un vínculo estable entre ella y la organización terrorista¹¹⁴². Así, en este segundo caso, se actualiza la aportación con cada acto de ocultación¹¹⁴³.

¹¹³⁹ En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, pp. 266-268.

¹¹⁴⁰ En este sentido, también LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 244; y CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 131, para quien las conductas descritas en el delito de colaboración se realizan de forma no habitual, mientras que en el de pertenencia se llevan a cabo reiteradamente.

¹¹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.090 y 1.094.

¹¹⁴² En otras palabras, lo esencial es que en la pertenencia se da una especie de relación laboral, esto es, se es trabajador por cuenta ajena (el art. 1.1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores establece que “*la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”), y en la actuación al servicio y en la colaboración se da una especie de relación mercantil, de prestación de servicios, que es esporádica.

¹¹⁴³ Por ejemplo, respecto a la ayuda económica, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 264, considera que la aportación monetaria ha de tener carácter ocasional para que sea de aplicación el tipo de colaboración, “pues la cotización regular a la organización suele suponer generalmente una conducta inherente a la actividad del afiliado”. Sin embargo, es de otra opinión, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 215. A su juicio, es “difícil aceptar que alguien que vende armas a una organización terrorista, por mucho que lo haga con asiduidad, pueda ser considerado terrorista, a pesar de que tal conducta resulte inestimable para que la organización pueda desarrollar su actividad. Podría, en su caso, ser castigado como autor de un delito de colaboración con banda armada. Pero de ahí a extenderla a la de terrorista, cuando lo que está teniendo lugar en realidad no es sino una conducta de colaboración con la misma, va un largo trecho”.

Ahora bien, obsérvese como tal postura tiene dos implicaciones de gran calado. En primer lugar, en la línea apuntada por la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, la distinción entre los integrantes comunes y los colaboradores esporádicos de una organización terrorista no es cualitativa sino **cuantitativa**. Por tanto, las tareas que llevan a cabo son las mismas, esto es, actos de soporte personal y logístico a la actividad de la banda, y lo que difiere es su ejecución institucionalizada o no, es decir, su repetición.

De este modo, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, puesto que los actos genéricos que favorecen la comisión de delitos-fin concretos tanto se realizan por miembros como por colaboradores, es inadecuado distinguir entre estas dos figuras desde el punto de vista del modelo de responsabilidad por el hecho propio acogido en este trabajo para fundamentar su punición¹¹⁴⁴. Así, “la distinción debería producirse, mejor, entre colaboradores/miembros y colaboradores/no miembros”¹¹⁴⁵.

En segundo lugar, el “criterio del rol” implica considerar colaborador-miembro tanto a quien destina todo su tiempo a realizar actividades de favorecimiento para una banda armada, como a aquél que sólo dedica algunas horas de vez en cuando a tales quehaceres¹¹⁴⁶. Por esta razón, es preciso distinguir dentro de la figura de la pertenencia a organización terrorista más de una categoría de integrantes comunes estables, que, a su vez, sean diferentes respecto a los colaboradores-no miembros ocasionales.

Para ello, en este trabajo se parte de caracterizar a tales grupos como “empresas criminales”¹¹⁴⁷. Así, al igual que cualquier empresa que se dedica a una actividad legal tiene trabajadores por cuenta ajena, bien a tiempo parcial, bien a tiempo completo, y trabajadores por cuenta propia

¹¹⁴⁴ Además, por tanto, este modelo también es el que legitima el castigo de la pertenencia a una asociación criminal. También ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 268, considera que la punición de la colaboración externa participa del mismo fundamento que la pertenencia.

¹¹⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.089.

¹¹⁴⁶ En cambio, SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, p. 1.094, considera que esta figura es una clase de colaboración que, pese a su naturaleza externa, se ha institucionalizado con el tiempo.

¹¹⁴⁷ Como indica GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información*, p. 77, “el terrorismo como toda actividad dirigida a un fin es una empresa”. Cfr., también, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 118.

que prestan sus servicios de modo esporádico, también una asociación ilícita cuenta con estas diferentes clases de “jornaleros”. Por tanto, del mismo modo que aquéllos reciben un salario mejor o peor según su tipo de contrato y las horas de jornada laboral, el vínculo de los distintos colaboradores con una organización terrorista y la cantidad de “trabajo” prestado deberían incidir en su denominación y, sobre todo, en la pena a imponerles por sus conductas¹¹⁴⁸.

En consecuencia, pues, la propuesta de *lege ferenda* que se efectúa en este trabajo es que habría que distinguir entre las siguientes categorías de colaboradores¹¹⁴⁹: la del colaborador-miembro *full-time*, la del colaborador-miembro *part-time*¹¹⁵⁰ y la del colaborador-no miembro; el marco penal de las cuales debería ir decreciendo en atención a la mayor o menor capacidad “temporal” de favorecer la actividad criminal de una organización terrorista. Es decir, **en abstracto**, la cantidad de actos de favorecimiento que puede realizar un sujeto que se integra de modo estable en una organización es muy superior a la de un colaborador ocasional. Y, lo mismo ocurre respecto a la capacidad atribuible *a priori* a quienes, aunque de modo institucionalizado en ambos casos, destinan todo su tiempo a ayudar al grupo o sólo cooperan de vez en cuando. De aquí, el sentido de distinguir entre tres categorías de colaboradores diferentes cada una relacionada con su propio marco penal inicial.

Sin embargo, también es perfectamente imaginable que, atendiendo al caso concreto, la cantidad o relevancia de los actos de colaboración realizados por un colaborador-miembro *part-time* sea superior a los ejecutados por un colaborador-miembro *full-time*. Así, por ejemplo, es posible que un sujeto lleve cinco años entrenando a terroristas cada miércoles mientras que otro haya realizado la misma actividad durante seis meses, pero veinticuatro horas al día. Por tanto, la pena a imponer al primero debería ser superior –o, al menos, igual-, pese a ser un colaborador a tiempo parcial. Del mismo modo, la relevancia de determinadas aportaciones llevadas a cabo por un colaborador-no

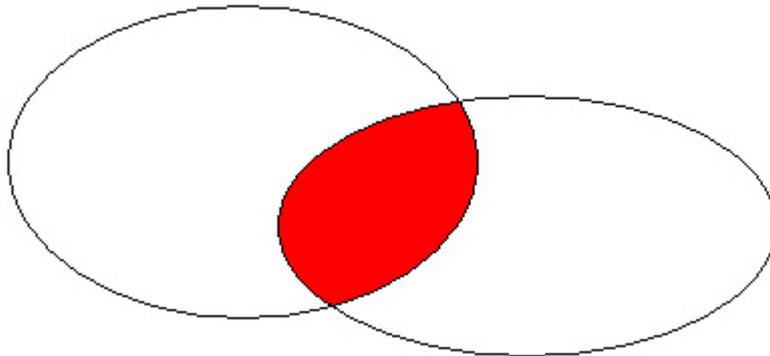
¹¹⁴⁸ En este sentido, es muy ilustrativo el siguiente párrafo recogido en la SAN de 19 de diciembre de 2007 (ponente Murillo Bordallo): “(...) de los miembros de la “*organización terrorista*” de ETA así como la cobertura de gastos de los individuos que, **de manera profesional, se dedicaban a “trabajar” a tiempo total o parcial** en defensa de los intereses de la organización terrorista a cambio de la percepción de un sueldo, recibiendo éstos el nombre de “*miembros liberados*” (negrita añadida).

¹¹⁴⁹ Las cuales podrían tipificarse en un mismo precepto.

¹¹⁵⁰ En este sentido, CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 33, nota 115, indica que habitualmente se suelen distinguir dos o tres niveles de intervención en una organización terrorista: “miembros con funciones directivas (o fundadores), miembros comunes y, a veces, **miembros de relevancia secundaria**” (negrita añadida).

miembro puede ser de igual o mayor calado que aquéllas ejecutadas por cualquier clase de integrante. Por ejemplo, la donación esporádica de un millón de euros a una organización terrorista tiene el mismo valor para ésta que la recaudación de tal cantidad por parte de quien ha estado dedicándose a esos quehaceres *full-time*; o el colaborador que cede un alojamiento a una banda armada para que sus miembros se escondan cada miércoles realiza una aportación idéntica, en términos de importancia, que aquél integrante que los esconde en su hogar todos los martes.

Por tanto, los marcos penales de las distintas figuras de colaboración deberían tener una parte de intersección entre ellos. Es decir, habría que existir un tramo de sanción coincidente o superpuesta en la pena que se les asignase. Dicho gráficamente,



representando el conjunto de unión en color rojo el marco penal de intersección. Así, por ejemplo, la pena para los colaboradores-miembros *full-time* podría situarse entre los 3 y los 7 años de prisión; la de los colaboradores-miembros *part-time* entre los 2 y los 6 años; y, por último, la de los colaboradores-no miembros entre los 6 meses y los 5 años de privación de libertad, junto a la pena de multa (para los casos limítrofes con los supuestos de insignificancia¹¹⁵¹).

En conclusión, pues, el criterio para distinguir las categorías genéricas de colaboración con una banda armada y sus marcos penales lo fija la asunción de un rol estable y, por ende, la cantidad de actos realizados. Ahora bien, a la hora de establecer tanto el número de delitos ejecutados como la pena concreta a imponer no sirve dicho parámetro. Es decir, por un lado, la cantidad de actos efectivamente realizados no incide en el número de infracciones cometidas. En este sentido, los tribunales

¹¹⁵¹ Véase *supra* 2^a.II.1.B.

consideran que tanto la modalidad de pertenencia como la de colaboración son delitos permanentes, que castigan con única pena toda la actividad genérica que realiza un sujeto a favor de una banda armada¹¹⁵². Así, por ejemplo, quien lleva a cabo cien veces la conducta consistente en ocultar a un terrorista no comete cien delitos de colaboración, sino sólo uno –en su correspondiente categoría (la de miembro), determinada, precisamente, por esa repetición-¹¹⁵³.

Por el otro lado, en orden a determinar la pena final dentro de la extensión del marco, la cantidad de actos tampoco es esencial para imponer más o menos sanción. Por el contrario, debe atenderse principalmente a la gravedad o relevancia de las aportaciones, esto es, al favorecimiento efectivo que aquéllas comportan a la banda. Así, por ejemplo, aunque quien facilita un alojamiento sólo realiza un acto de

¹¹⁵² Cfr. la SAN de 8 de noviembre de 2006 (ponente Echarri Casi); y las SSTs de 19 de julio de 2003 (ponente Soriano Soriano), y de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García), respecto a la pertenencia; y la STS de 14 de noviembre de 2000 (ponente Martín Pallín), respecto a la colaboración. Sin embargo, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 61, critica tal postura respecto al art. 576 CP. A su juicio, tal precepto se consuma con llevar a cabo, recabar o facilitar cualquier acto de colaboración. Ahora bien, también admite que “por razones de política criminal todo el conjunto de acciones se sancion[a] con pena única”.

¹¹⁵³ Ahora bien, el sujeto que en un determinado momento colaboró de modo esporádico con una banda armada y, con posterioridad y de manera perfectamente diferenciable, pasó a integrarse en la misma realizando nuevas aportaciones –o a la inversa– comete dos delitos en su correspondiente categoría. En este sentido, la STS de 18 de junio de 2007 (ponente Monterde Ferrer) castiga en virtud del delito de colaboración a un sujeto que ya había sido condenado como miembro de ETA por unos hechos posteriores. En concreto, antes de integrarse en dicha organización realizó esporádicamente actividades de “lanzadera” para avisar sobre la existencia de controles policiales a otros miembros de la banda. Del mismo modo, pueden aplicarse dos delitos de pertenencia a banda armada si entre ellos existe una ruptura del espacio antijurídico, lo que, a juicio de los tribunales, ocurre mediante el cese voluntario, la expulsión o por razón de un hecho de fuerza mayor, como una condena por dicho delito. Así, por ejemplo, cuando un sujeto determinado es miembro de una organización terrorista durante un periodo prolongado de tiempo, abandona esa etapa, y, posteriormente, adopta “una renovada decisión de integrarse” en ella, existe una ruptura formal con la banda y puede castigarse por volver a formar parte de aquélla (cfr. la STS de 19 de julio de 2003, ponente Soriano Soriano; y la SAN de 8 de noviembre de 2006, ponente Echarri Casi). Es más, la STS de 2 de noviembre de 2007 (ponente Soriano Soriano) añade a tal modalidad de rompimiento, la cual denomina “ruptura de hecho”, la “ruptura jurídica”, que está integrada por la sentencia condenatoria por pertenencia. A saber, dicha resolución cierra un periodo de integración en una banda armada y refleja el correspondiente reproche mediante la sanción, “lo que supone concluir jurídicamente un periodo de actividad delictiva dentro de la banda”. De este modo, si un sujeto después de ser condenado e ingresar en prisión no rompe formalmente su nexa con una organización terrorista comete, de todos modos, un nuevo delito de integración, cuyo momento de interrupción lo constituye la resolución condenatoria.

colaboración, mientras que quien oculta dos veces aisladas a un terrorista en su casa lleva a cabo dos actos, la importancia práctica de la primera ayuda es superior, puesto que ese piso puede ser utilizado en docenas, o, incluso, en centenares, de ocasiones. Del mismo modo, es más grave entregar un millón de euros a una organización de una vez, que donar mil euros en total pero divididos en dos pagos¹¹⁵⁴.

Establecida, pues, la propuesta en el plano del deber ser, la única vía que el Código Penal permite, de *lege lata*, para adaptar la pena de los distintos colaboradores (miembros o no) con base en los parámetros indicados es la aplicación de la atenuante analógica. Como ya se ha puesto de relieve en el apartado anterior, atendiendo al menor contenido de injusto de determinadas contribuciones (partiendo de su peligrosidad en el seno de la organización una vez han sido aportadas) es posible rebajar la pena, bien en el ámbito del delito de pertenencia, bien en el ámbito del tipo de colaboración, según concurra la ostentación de un rol estable o no. Así, por ejemplo, la pena de un colaborador *part time*, por mucho que partiría del marco establecido en el delito de pertenencia, podría rebajarse si la ayuda realizada no fuera de la suficiente entidad como para merecer un mínimo de seis años de prisión.

B) Elementos a través de los que constatar la existencia de un rol estable

Establecido todo lo anterior, la siguiente cuestión a analizar es cómo puede constatar la relación permanente entre el miembro y la organización, esto es, a partir de qué elementos puede inferirse¹¹⁵⁵.

Así, en primer lugar, la existencia de un rol estable dentro del grupo terrorista será fácilmente deducible cuando se haya probado la existencia de una actividad continuada a favor de la banda armada.

Por ejemplo, la SAN de 20 de octubre de 2001 (ponente Ollero Butler) llega a la conclusión de la existencia de una integración en la estructura de ETA con la siguiente argumentación: “desde 1998 el acusado facilitaba a la misma información sobre policías y guardias civiles que podían ser objetivos de [sus] acciones” de modo regular, y estos hechos demuestran una relación estabilizada y temporalmente extendida, que permiten afirmar la pertenencia a la

¹¹⁵⁴ De aquí que, como se ha indicado, los marcos penales en abstracto de las distintas categorías de colaboración deban tener sectores de intersección.

¹¹⁵⁵ A falta de confesión, se entiende.

misma. En cambio, si sólo se prueba un acto concreto de favorecimiento la conducta es constitutiva de colaboración con banda armada. En este sentido, la STS de 29 de mayo de 2003 (ponente Giménez García) aprecia el delito de colaboración en un supuesto en el que sólo quedó probado un acto aislado de colaboración, por lo que no se acreditó que la recurrente hubiera tenido otra u otras intervenciones. Por el contrario, la Audiencia Nacional había condenado a la acusada por pertenencia a banda armada.

Ahora bien, no sería un obstáculo para castigar por colaboración aquel caso en que se hubiera probado más de un acto aislado de ayuda, si de éstos no pudiera deducirse una cooperación permanente del sujeto con la banda¹¹⁵⁶.

En este sentido, la SAN de 25 de enero de 2000 (ponente Castro Meije) castiga por colaboración, y no por pertenencia, a un sujeto que, por un lado, cedió un alojamiento a miembros de ETA el cual había contratado con un nombre falso, y, por el otro, utilizó un depósito a favor de la banda armada.

En segundo lugar, por el contrario, si sólo se constata un acto de colaboración, pero de éste se infiere que su autor ya había realizado otras aportaciones en el pasado, esto es, que su ayuda no fue esporádica sino prolongada en el tiempo, también se tratará de un caso de pertenencia.

Por ejemplo, de las referencias habidas en la única carta hallada en manos de un terrorista, se desprende que un colaborador determinado ha estado durante años asesorando a la banda armada sobre el uso de bombas. En este sentido, la SAN de 23 de junio de 2000 (ponente Murillo Bordallo) castiga por pertenencia (y no por colaboración, como pedía la defensa) a un sujeto que, mediante una carta, aportó a ETA su experiencia con explosivos, puesto que del texto de la epístola se desprendía “una importante, constante e intensa actividad del acusado” en la citada organización.

Ciertamente, es imposible establecer con exactitud la extensión temporal que el delito de pertenencia ha de requerir —¿una semana, un mes, tres meses?—, o el número de actos concretos que deben ejecutarse —¿tres,

¹¹⁵⁶ En este sentido, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 268, pone de relieve que la colaboración externa se caracteriza por realizar aportaciones, ocasionales o reiteradas, pero sin la estabilidad que se predica de los miembros.

cinco, diez?-. Por tanto, habrá que estarse a cada supuesto particular, y junto a la cantidad de actos realizados valorar indicios tales como tener un “alias” dentro de la organización terrorista u acreditar órdenes de actuación, que pueden servir para decantar la balanza en favor de la pertenencia¹¹⁵⁷.

Sin embargo, no debería valer como indicio de integración por sí sólo el hecho de que ETA no encarga el transporte de explosivos a personas que no sean de su plena confianza, esto es, a miembros de la banda. Ahora bien, en sentido contrario, se pronuncia la STS de 28 de junio de 2001 (ponente Giménez García): “La entrega de todo este ingente material, y la realización del transporte desde Francia hasta Sevilla donde fueron descubiertos, revela [que] (...) resulta contrario a las más elementales reglas de experiencia que toda la operación se encomiende a quien no tiene la plena confianza de la dirección de la banda, y ello sólo es posible respecto de aquellas personas que aparecen integradas en la propia banda, como pertenecientes a la misma”.

No obstante, en caso de duda, habrá que decantarse por el delito de colaboración. Así, pues, si sólo se prueban dos actos de ayuda sin que concurra ningún otro indicio, en mi opinión debería aplicarse este tipo, en vez de la figura de la pertenencia.

Por ejemplo, en carta fechada el 1 de junio de 2001, Henri Parot Navarro, quien se encontraba cumpliendo condena en prisión, se dirigía a miembros de la cúpula de la banda armada ETA. En dicha epístola les indicaba la necesidad de materializar concretas acciones terroristas contra objetivos más importantes, y les aportaba su experiencia como terrorista. Por estos hechos, la SAN de 2 de febrero de 2007 (ponente Fernández Prado)¹¹⁵⁸ apreció el delito de pertenencia a organización terrorista, porque de la carta se desprendía que dicho sujeto había mantenido, al menos en una ocasión anterior, un contacto por correo de características similares con la cúpula de ETA. Ciertamente, la misiva comenzaba diciendo “recibí vuestra respuesta” y, a continuación, hacía alusión a que en su primera carta también había recomendado atacar objetivos “más vitales” de España. Sin embargo, a mi juicio, dos aportaciones sin la concurrencia de ningún otro indicio no deben ser suficientes para considerar que un sujeto es miembro de organización terrorista.

¹¹⁵⁷ Cfr. la SAN de 17 de noviembre de 2006, ponente Martel Rivero.

¹¹⁵⁸ Esta resolución ha sido confirmada por la STS de 2 de noviembre de 2007 (ponente Soriano Soriano).

Es más, tampoco es suficiente para integrar el tipo de la pertenencia la intención de continuar colaborando con una banda armada, mientras esta ayuda no se haga efectiva. De este modo, si sólo se prueban uno o varios hechos aislados, aunque también se constate la manifestación de voluntad de seguir a disposición de la organización terrorista para esa u otras tareas, se trata de un supuesto subsumible en el delito de colaboración. Puesto que dicha promesa nunca llegó a hacerse efectiva, la organización no pudo, *de facto*, contar con ella.

Por ejemplo, si se prueba que en una ocasión el sujeto A pasó información sobre terceros a un grupo terrorista, más la manifestación de voluntad de que “está a su disposición siempre que lo necesiten” para seguir realizando esa u otras tareas, tal colaborador no puede ser considerado miembro de banda armada.

Ahora bien, la mera voluntad de colaborar con una organización terrorista, bien de modo ocasional, bien permanentemente, es un tema muy debatido, que va más allá de este supuesto. Dicha cuestión, pues, será analizada, con más detenimiento, en el apartado relativo a los actos de colaboración atípicos¹¹⁵⁹.

C) Los promotores y directores de una banda armada terrorista: clases de miembros cualitativamente distintos

Hasta aquí, se ha defendido que la diferencia entre la pertenencia y la colaboración con una organización terrorista parte de un criterio cuantitativo, esto es, en este trabajo se distingue entre el cooperador estable (miembro, bien *full time*, bien *part time*) y el esporádico (no miembro). Ahora bien, en términos **cualitativos**, por encima de los tres tipos de colaboradores mencionados se encuentran los directores, los dirigentes y los promotores de una banda armada. A tales sujetos, aunque también realizan aportaciones materiales en el seno de la banda de modo continuado, la calidad de éstas les confiere un estatus superior que el asignado al resto de sujetos que se encuentran integrados en niveles más bajos de la estructura jerárquica, y, por ello, sus conductas tienen prevista mayor pena (art. 516 CP). En concreto, se trata de aportaciones tan importantes que sin ellas –individualmente consideradas– no existiría la propia banda armada terrorista.

¹¹⁵⁹ *Infra* 3^a.II.4.A

En primer lugar, son promotores quienes asumen el rol de “**ideólogos**” de las actividades y finalidades de una organización terrorista, y también quienes realizan la función de “**reclutamiento**” y “**adoctrinamiento**” de sus miembros¹¹⁶⁰, es decir, todos aquéllos que la promocionan o promueven. De este modo, pertenecen a esta categoría, por un lado, los fundadores del ideario de la banda armada¹¹⁶¹ y de sus líneas de actuación, los cuales suelen estar vinculados a sus inicios, a su creación¹¹⁶²; y, por el otro, los sujetos que adoctrinan y reclutan a terceras personas para que se inserten en la organización o colaboren con ésta.

En este sentido, por ejemplo, la SAN de 26 de septiembre de 2005 (ponente Murillo Bordallo) castiga en virtud del art. 516.1º CP a nueve sujetos que, en España, adoctrinaron a otros individuos pertenecientes a una colonia Siria con la finalidad de reclutarlos y enviarlos a campos de entrenamiento, controlados por la red terrorista *Al Qaeda*. Por su parte, el aparato de captación de ETA también debe tener esta consideración¹¹⁶³. Ahora bien, la conducta **aislada** consistente en facilitar nombres de personas potencialmente dispuestas a integrarse en una organización terrorista (o a cooperar con ésta) debe calificarse como acto de colaboración¹¹⁶⁴. Y, del mismo modo, los actos de reclutamiento aislados constituyen conductas de ayuda incardinables en el art. 576 CP.

En segundo lugar, son directores o dirigentes quienes gobiernan o mandan en una asociación criminal, esto es, aquéllos que dan las reglas,

¹¹⁶⁰ En cambio, según PUYOL MONTERO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p.4.545, el promotor es “el gestor de la asociación ilícita o de cualquiera de sus fines delictivos”.

¹¹⁶¹ Por ejemplo, en el terrorismo islámico, es de mucha importancia el sustento ideológico-religioso que se les da a los atentados perpetrados por sus adeptos. Sobre esta cuestión, cfr. la STS de 16 de febrero de 2007 (ponente Martínez Arrieta).

¹¹⁶² En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 146, considera que “el ‘fundador’ interviene antes de constituirse la asociación”; y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 243. Sin embargo, es posible que en una banda armada ya constituida surjan nuevas doctrinas preconizadas por algunos sujetos que impliquen cambios de estrategias o de fines. De este modo, tales personas también deben ser consideradas promotoras. Por ejemplo, puede suceder que un miembro de una organización terrorista considere que la línea de actuación no es lo suficientemente dura ni los objetivos tan ambiciosos como deberían ser, por lo que se escinde del grupo originario y crea otra rama dentro de aquél.

¹¹⁶³ Así, aunque como indica PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 2, el responsable máximo de captación de miembros no puede ser considerado director, sí puede reputarse promotor, y no un mero integrante, como opina el citado autor.

¹¹⁶⁴ En este sentido, véase la SAN de 14 de diciembre de 2005 (ponente Gómez Bermúdez).

órdenes y directrices que deben seguirse dentro de la organización¹¹⁶⁵, o de una célula o comando concreto que sea parte de aquélla¹¹⁶⁶. Así, pues, los directores de un grupo terrorista conforman la cúpula organizativa, por un lado, y, por el otro, también existen dirigentes en sus distintos comandos o células¹¹⁶⁷.

D) Excurso: la actuación al servicio de una banda armada, organización o grupo terrorista como subtipo de la colaboración

Los delitos materialmente terroristas (arts. 571 a 574 CP) distinguen no sólo entre los sujetos que pertenecen y los que colaboran con organizaciones terroristas, sino que también hacen referencia a quienes actúan al servicio de tales grupos. Sin embargo, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se ha concretado demasiado esta forma de relación entre

¹¹⁶⁵ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 2, considera que “para poder calificar la conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de la organización en cuanto a la comisión de los delitos (...) predeterminando con ellas el marco de actuación de terceras personas”. También TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, p. 1.921, requiere que los directores o dirigentes desempeñen tareas de mando.

¹¹⁶⁶ El propio art. 516.1º CP menciona a los directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos.

¹¹⁶⁷ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 146, considera que “lo específico del comportamiento de un directivo es el rango jerárquico, la posición orgánica desde la que éste actúa, una posición de predominio, de supremacía”, aceptando que las funciones de mando pueden ejercerse de forma originaria o delegada. De este modo, junto a los “directivos máximos” o “directivos últimos” introduce la figura de los “mandos intermedios”, que “participa de las funciones de dirección, por más que sus funciones se maten temporal o localmente; por más que sean delegadas u ocasionales, subalternas”, (pp. 148-149). También LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 242-243, siguiendo a CÓRDOBA RODA, considera que los “directivos” de una organización terrorista “son ‘quienes gobiernan, rigen u ordenan la actuación de la asociación’, es decir, aquellos que por su posición jerárquica y funciones ocupan los máximos puestos”. Y, distingue a los “directivos” de los “dirigentes” aludiendo a las funciones de mando ocasionales que ejercen estos últimos, las cuales tienen “por objeto a los ‘grupos’ y no a la organización en su conjunto, que es la actividad propia del directivo”; y, PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 2, opina que “todos los miembros del comité ejecutivo de una banda armada, así como los jefes de aquellos de sus grupos que actúan autónomamente (un ‘comando’, por ejemplo) serán directores”.

una persona y una banda armada¹¹⁶⁸, seguramente porque se trata de una categoría sin ninguna trascendencia práctica.

Así, en dicha figura se pueden incluir aquellos sujetos que realizan actuaciones ocasionales al servicio de la organización recibiendo una contraprestación a cambio, es decir, los denominados *sicarios* o *asesinos a sueldo*. Por tanto, a diferencia de la pertenencia, la prestación a la banda terrorista no tiene carácter estable o continuo, sino que es esporádica, con independencia del móvil económico¹¹⁶⁹.

El caso enjuiciado por la SAN de 4 de junio de 1999 (ponente Arteaga Cerrada) constituye un ejemplo. En este supuesto, un sujeto disparó contra dos personas, recibiendo, a cambio, una recompensa económica por parte de la organización terrorista GAL, pero sin pertenecer a dicho grupo. Sin embargo, la Audiencia no pudo apreciar dicha modalidad, pues en el momento de producirse los hechos el Código Penal aplicable era el CP'73, que en su art. 174 *bis* b) sólo distinguía entre integrantes en banda armada u organización terrorista o rebelde, y colaboradores con sus objetivos o fines. Por ello, consideró que a dicho sujeto le era aplicable el 174 *bis* b) por realizar un hecho delictivo en colaboración con los objetivos y fines del GAL.

Ahora bien, de este modo, la actuación al servicio y la colaboración comparten el mismo rasgo, esto es, su naturaleza esporádica¹¹⁷⁰. Así, aunque la recepción de algún tipo de contraprestación, normalmente

¹¹⁶⁸ A juicio de CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.043, actuar al servicio consiste en “actuar para, a cargo de o en nombre de”.

¹¹⁶⁹ En este sentido, la STS de 30 de abril de 2000 (ponente Martínez Arrieta) establece que la conducta consistente en actuar para la banda armada GAL durante tres años es constitutiva de pertenencia sin que importe que el sujeto tuviese un móvil económico. En este caso, un sujeto realizó durante todo ese tiempo distintos transportes de dinero y armas para entregarlas a mercenarios de los GAL y cometió dos asesinatos.

¹¹⁷⁰ En el mismo sentido, DE PRADA SOLAESA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, p. 75; y GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, p. 205, consideran que “la actuación al servicio o colaboración indica una intervención esporádica y sin integración permanente”. También comparte esta opinión CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 66. Por el contrario, a juicio de HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, pp. 4.884-4.885, han de considerarse actuantes al servicio “los que ‘sin ser integrantes’ (...), están vinculados con las bandas, organizaciones o grupos, de una forma no esporádica, sino más o menos ‘permanente’, ‘estable’ y con subordinación total a [su] ‘jerarquía’”.

dineraria, es el elemento a tener en cuenta para distinguir las¹¹⁷¹, ambas son formas de colaboración y no sería necesario tipificarlas por separado¹¹⁷². Es decir, quien actúa al servicio lo hace con “ánimo de lucro”¹¹⁷³, mientras que el colaborador suele cooperar por convicción¹¹⁷⁴. Sin embargo, las dos figuras son subsumibles en el art. 576 CP, aunque los arts. 571 a 574 CP diferencien (idealmente) entre la colaboración por convicción, que es gratuita, y la colaboración onerosa.

3. Límites anteriores: preparación y tentativa

En el apartado anterior, se ha determinado la frontera superior del delito de colaboración con banda armada, esto es, la diferencia entre la pertenencia y la cooperación esporádica. De este modo, la siguiente cuestión a analizar versa sobre el límite anterior, a saber, si es posible castigar momentos del *iter criminis* previos a la consumación del tipo de colaboración –en cualquiera de sus modalidades–.

¹¹⁷¹ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II, considera que “colaborador sería aquella persona que actúa con la misma finalidad de la organización, esto es, con una absoluta coincidencia en los fines con los integrantes de las organizaciones terroristas, mientras que la persona que actúa por cuenta de estas asociaciones sería entonces aquella que se pone al servicio de las mismas pero no comparte subjetivamente su finalidad y sería el caso, paradigmáticamente, de la persona que actúa por precio”.

¹¹⁷² En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. II. Téngase en cuenta que el anterior Código Penal únicamente diferenciaba entre pertenencia y colaboración.

¹¹⁷³ En contra de esta opinión, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, pp. 4.884-4.885, considera que quien presta sus servicios a una banda armada suele hacerlo a cambio de una contraprestación, aunque también es posible que lo realice por altruismo y solidaridad ideológica.

¹¹⁷⁴ En el mismo sentido, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 66. Además, los sicarios acostumbran a ejecutar delitos contra las personas. Es decir, su aportación llega hasta el punto de realizar los delitos de terrorismo más graves. Por el contrario, los colaboradores suelen realizar aportaciones más generales, desvinculadas de delitos concretos.

Como es sabido, respecto a los denominados delitos de mera actividad¹¹⁷⁵ se discute si es punible su modalidad intentada¹¹⁷⁶. Ahora bien, previamente a esta cuestión es necesario establecer si dicha infracción es de mera actividad o, por el contrario, de resultado de peligro, lo que guarda relación con el momento a partir del cual puede considerarse que los actos de colaboración se consuman, partiendo del fundamento de su punición.

A) ¿Cuándo se consuman los actos de colaboración?

Para un sector de la doctrina, el delito tipificado en el art. 576 CP se consuma con la realización de un acto de colaboración objetivamente idóneo *ex ante* para aportar alguna relevancia a las actividades de la organización terrorista, “sin necesidad de que se produzca el beneficio efectivo para la organización”¹¹⁷⁷.

En este sentido, la STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar) establece que “el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz”.

Ahora bien, tales autores no se pronuncian sobre si debe exigirse la puesta a disposición del acto a la banda, e, incluso, su disponibilidad, o, por el contrario, basta su mera ejecución. Dicho con un ejemplo, si un sujeto elabora información sobre futuros objetivos con la intención de ponerla a disposición del grupo terrorista, pero dicho material no llega a

¹¹⁷⁵ Cfr. la STS de 21 de noviembre de 2002 (ponente Andrés Ibáñez), que pone de relieve que la opinión doctrinal mayoritaria “concibe ese tipo penal como de mera actividad, algo que, es bien sabido, reduce extraordinariamente el ámbito de operatividad de la tentativa”. De hecho, en la doctrina, de los autores estudiados sólo RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 70, considera que la colaboración con banda armada no es un delito de mera actividad. A su juicio, este precepto “exige la producción de un resultado: la realización efectiva del acto de colaboración”.

¹¹⁷⁶ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 95 ss.

¹¹⁷⁷ GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.623. En el mismo sentido, MUNOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 909, considera que el delito de colaboración con banda armada es “un delito de *mera actividad* independientemente de que la organización se beneficie de la conducta colaboradora, es decir, con independencia de que esta última haya sido o no efectivamente útil para la organización”. También MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 212, considera que es “indiferente el que la organización aproveche o no la ayuda prestada”.

sus manos por cualquier razón, ¿tal acto se ha consumado?¹¹⁷⁸. Es más, ¿qué ocurre si pese a su entrega, los terroristas son detenidos instantes después, sin haber podido disponer de la ayuda prestada?

Pues bien, en coherencia con el fundamento del castigo de la colaboración mantenido en este trabajo, tal consumación no se produce hasta que, una vez el acto de colaboración ha sido puesto a disposición de la banda armada, ha existido disponibilidad sobre esa aportación. Sólo a partir de ese momento, el riesgo proveniente de tal ayuda puede perdurar en el ámbito de la organización y materializarse en la ejecución de un delito-fin. Por tanto, es necesario que concurren dos requisitos, los cuales, aunque están próximos en el tiempo, no deben confundirse.

Así, el **acto de disposición** conlleva la accesibilidad física de la ayuda por parte de la banda armada (por ejemplo, tener entre las manos documentos con información, un vehículo o explosivos que se acaban de entregar). Sin embargo, aún es necesario que suceda algo más para que un acto de colaboración se consume: tiene que existir **disponibilidad** sobre la ayuda obtenida, lo que ocurre cuando a partir del acto de disposición ha transcurrido el tiempo idóneo *ex ante* para que el riesgo proveniente de esa aportación sea susceptible de pervivir en el seno de la banda armada. Ahora bien, que finalmente se haga uso de la ayuda o no es intrascendente (lo importante es que haya existido tal posibilidad)¹¹⁷⁹.

En consecuencia, pues, el acto de colaboración tiene que crear un riesgo típicamente relevante de favorecimiento, lo que sólo sucede a partir del momento en que la ayuda es objetivamente idónea para ser usada. En cambio, tal riesgo no llega a existir cuando es abortado con anterioridad a su surgimiento, puesto que nunca fue susceptible de perdurar y actualizarse en un delito concreto.

¹¹⁷⁸ En este sentido, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 212, pone de relieve que, para la Audiencia Nacional, “la consumación del delito de colaboración con banda armada requiere que la actividad de ayuda logre tener engarce con esa organización”. De este modo, se han castigado como delitos de colaboración en grado de tentativa las siguientes conductas: realizar actividades de vigilancia de personas sin llegar los datos a la organización al ser interceptados por la Guardia Civil o ser detenido el sujeto activo, o preparar un zulo para esconder la documentación de la banda armada sin llegar a comunicar su existencia a la banda.

¹¹⁷⁹ Obsérvese como este criterio tiene la misma estructura que el utilizado para determinar la consumación de los delitos de apoderamiento. Como es sabido, la jurisprudencia exige para ello, más allá de la toma física de la cosa, su disponibilidad, aunque no es necesario que se llegue a usar efectivamente o se obtenga algún beneficio (sobre esta cuestión, cfr. ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Leciones de Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 184-185).

De este modo, por ejemplo, si un terrorista a quien se le ha entregado documentación con datos sobre posibles víctimas es detenido antes de poder abrir el paquete, el acto de colaboración no se ha consumado puesto que tal información no ha creado ningún riesgo *ex ante* de favorecimiento. Por el contrario, si es arrestado poco después pero una vez ha tenido la posibilidad de estudiar dicha información o ponerla en conocimiento de un tercero, el delito ya ha alcanzado su fase consumativa con independencia de que no haya sido así. Por último, pues, tampoco tiene ninguna trascendencia que tales datos no se lleguen a utilizar ni aporten ningún beneficio efectivo a la organización.

Ahora bien, la puesta a disposición de la ayuda y la disponibilidad sobre la aportación varía en función de cual sea la conducta típica –llevar a cabo, recabar o facilitar- y según el concreto acto de colaboración realizado.

a) La conducta consistente en llevar a cabo

En primer lugar, en la conducta típica “llevar a cabo” caben tres formas de puesta a disposición: ante todo, hay actos de colaboración que después de realizarse exigen que el producto obtenido sea entregado; en otras ocasiones, en cambio, basta con informar a la banda que dicho bien está a su disposición; y, por último, la ejecución de algunos hechos implica directamente su uso por parte del grupo terrorista.

1º. Así, pues, en los casos en que el producto del acto de colaboración realizado ha de entregarse, es necesario que a partir de dicha cesión exista disponibilidad sobre la aportación para que se consume el delito. Sólo desde ese momento la ayuda está disponible para la banda y, por tanto, es peligrosa. No obstante, que posteriormente se haga uso o no de lo entregado sólo tendrá relevancia si se puede vincular con otro delito concreto.

Por ejemplo, si un sujeto, después de haber llevado a cabo la vigilancia de una persona anotando todos sus movimientos, no entrega tal información, esto es, no la pone a disposición de la banda terrorista, no ha consumado su acto de colaboración. Y, lo mismo ocurre, si se produce la detención del miembro que ha obtenido dichos datos antes de que haya podido disponer de ellos. En estos casos, puesto que la organización no pudo hacer uso de tal ayuda nunca existió favorecimiento a la ejecución de los delitos-fin. En tal estadio, por tanto, concurre una estructura de preparación o de tentativa.

Sin embargo, la jurisprudencia no sigue este criterio. Según el ATS de 16 de septiembre de 2004 (ponente Puerta Luís), la tenencia de **un** papel con una matrícula de vehículo policial que no se llegó a entregar a la organización ETA constituye un delito de colaboración con banda armada consumado. De hecho, en este caso, la SAN de 23 de diciembre de 2003 (ponente Lorente Martínez) ya había expresamente considerado que en orden a consumir la mencionada figura es irrelevante que la información elaborada llegue o no al grupo terrorista. En este sentido, también la STS de 4 de junio de 2008 (ponente Soriano Soriano) establece que “no importa que el dinero remitido no haya llegado a su destino, pues el delito por el que se acusa es de simple actividad y no de resultado”.

2º. En segundo lugar, cuando el bien obtenido del acto de colaboración realizado no puede entregarse directamente, sino que hay que informar sobre su disponibilidad, el delito se consuma en el momento en que la ayuda ha sido susceptible de ser usada, esto es, a partir de ese anuncio.

Por ejemplo, no se puede dar “la construcción o el acondicionamiento de un alojamiento o depósito”, sino que debe comunicarse la posibilidad de su uso. Así, pues, tales actos se consuman cuando, una vez se da a conocer a la organización terrorista que dichos espacios están a su disposición, la banda tiene la posibilidad de utilizarlos aunque finalmente no lo haga. En consecuencia, si un alojamiento es descubierto por la policía minutos después de su puesta a disposición, el acto de colaboración no ha llegado a consumarse. Del mismo modo, mientras se están construyendo o acondicionando, o una vez construidos o acondicionados, pero antes de que la banda armada lo sepa, existe una estructura de preparación o de tentativa¹¹⁸⁰.

3º. Por último, hay actos de colaboración cuya realización del verbo típico coincide con su aprovechamiento por parte de otros sujetos relacionados con las actividades terroristas, como, por ejemplo, algunas modalidades de ocultación o traslado de personas. Así, cuando alguien transporta a un terrorista en su coche no le entrega nada, sino que la aportación está siendo utilizada ya en ese momento.

¹¹⁸⁰ En cambio, la Circular 3/1975, de 25 de septiembre, de la Fiscalía del Tribunal Supremo que se pronunció respecto al Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, (“Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975”, p. 364) estableció que la responsabilidad criminal respecto al acto contenido en el art. 6º, esto es, la construcción de locales hábiles para el encierro, secuestro u ocultación de personas, podía situarse en dos fases diferentes: al tiempo de la construcción y una vez terminada.

En consecuencia, respecto a tales actos de colaboración surge la cuestión sobre si la consumación coincide con la ocultación o traslado completos y exitosos o con el inicio de tal actividad. Es decir, ¿qué ocurre cuando el sujeto trasladado no llega a su destino sino que es detenido en un momento anterior (en un control policial, por ejemplo), o justo al llegar a su destino? ¿O si el terrorista es descubierto oculto en una vivienda? ¿Se han consumado tales actos?

Pues bien, la ocultación o el traslado de personas ya pueden considerarse consumados aunque no se hayan realizado de manera completa y exitosa, puesto que a partir del momento en que esas conductas comienzan a llevarse a cabo ya existe un favorecimiento a la actividad de la banda armada. Por ejemplo, que un terrorista esté escondido dificulta su detención, de modo que, por un lado, puede seguir prestando su ayuda mientras tanto, y, por el otro, entorpece las tareas de investigación de la policía. Así, si los cuerpos de seguridad detienen al terrorista mientras está siendo auxiliado, en el instante de bajar del vehículo o al salir de su escondite concurre un acto de colaboración consumado.

Además, el hecho de contar *ex ante* con tal ayuda conlleva que los miembros y colaboradores del grupo hayan podido realizar otros actos tendentes a la ejecución de delitos-fin –por ejemplo, que esos sujetos hayan tenido la posibilidad de pasar información sobre personas a la banda terrorista, localizar el mejor lugar donde cometer atentados, etc.-. De hecho, el art. 576 CP tipifica expresamente el acto consistente en la cesión de alojamientos¹¹⁸¹, respecto al cual cabe distinguir dos supuestos según la modalidad de puesta a disposición. Por un lado, puede proporcionarse el alojamiento en sí (normalmente, a través de la entrega de las llaves¹¹⁸²). Ahora bien, por el otro, según la jurisprudencia¹¹⁸³, es

¹¹⁸¹ El cual, como indica la STS de 16 de mayo de 2000 (ponente Bacigalupo Zapater), “penaliza autónomamente actos preparatorios de la ocultación” de personas.

¹¹⁸² También puede imaginarse una conducta omisiva: un terrorista se oculta en un granero o en una parroquia (una o más veces) a sabiendas de su propietario o responsable, el cual no cierra con llave. Por tanto, no hay ningún problema para castigar esta modalidad en comisión por omisión, cuestión debatida en la doctrina (CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 141, considera que no cabe “la realización de la colaboración de forma omisiva o en comisión por omisión, porque el tipo exige expresamente un comportamiento activo por parte del sujeto”), especialmente bajo la vigencia del Código Penal de 1973 (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, pp. 158-159, la aceptaba; en cambio, la rechazaban ARROYO ZAPATERO, “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo”, p. 411, y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 251).

¹¹⁸³ Véase la STS de 16 de mayo de 2000 (ponente Bacigalupo Zapater).

posible castigar la promesa de alojamiento (“si necesitas ocultarte cuenta con mi casa para ello” o “te esconderé en mi vivienda el próximo martes”).

Ciertamente, el primer supuesto constituye un acto de colaboración consumado aunque tales lugares no se utilicen nunca o, por el contrario, muchas veces, a partir del acto de entrega. Desde este momento, dichos alojamientos quedan a disposición de la banda y pueden ser utilizados siempre que ésta lo precise, sin que sea necesario que el sujeto que los cedió interceda o haga posible su uso mediante un acto posterior. En cambio, la promesa de alojamiento necesita de un ulterior acto del colaborador para que ésta sea efectiva. El terrorista nunca podrá tener la certeza de que sus habitantes estarán en su vivienda el día que lo requiera, por ejemplo; o tal vez ha pasado el tiempo y han cambiado de idea. Es más, aquél podría ser detenido entre el ofrecimiento del escondite y el acto de encubrimiento.

Un caso como el propuesto es resuelto por la STS de 16 de mayo de 2000 (ponente Bacigalupo Zapater): el miembro de una banda armada contactó con un sujeto a través de una llamada telefónica, el cual aceptó acogerle. Sin embargo, la ocultación no llegó a hacerse efectiva puesto que con anterioridad dicho perteneciente fue detenido por la policía.

No obstante, desde el momento en que un miembro de una organización sabe que podrá contar con un escondite cuando lo precise, se favorece la peligrosidad de la banda, puesto que aquél puede gestionar su actividad delictiva contando con esa aportación. Así, por ejemplo, puede seguir a potenciales víctimas o transportar armas sabiendo que finalizadas dichas tareas tendrá la posibilidad de refugiarse en lugar seguro.

En este sentido, la STS de 16 de mayo de 2000 considera que la promesa de alojamiento se consuma precisamente con la “puesta a disposición de un lugar de acogida, pues, como tal, importa ya un refugio con el que la banda armada puede contar para la planificación de sus actividades”.

De hecho, esta interpretación es más acorde con las normas generales en materia de participación. Como es sabido, si la promesa de alojamiento está relacionada con un delito concreto, dicha conducta es constitutiva de

participación en aquel hecho a partir del inicio de ejecución, aunque su autor sea detenido antes de usar el escondite¹¹⁸⁴.

b) La conducta consistente en facilitar un acto de colaboración

La problemática respecto a la modalidad típica “facilitar” es distinta. Esta conducta implica poner a disposición un bien o un estado de cosas idóneo para la ejecución de una cosa o la consecución de un fin¹¹⁸⁵. De este modo, hay que distinguir dos grupos de supuestos: facilitar la ejecución de un acto de colaboración (por ejemplo, facilitar un traslado prestando un vehículo); y facilitar el propio acto de colaboración (por ejemplo, facilitar a la banda información conocida por razón del oficio¹¹⁸⁶).

En este último supuesto, el delito se consuma cuando existe disponibilidad sobre el efecto del acto de colaboración puesto a disposición de la banda, del mismo modo que si se hubiera realizado. Así, en el ejemplo propuesto, el sujeto que facilita a la banda armada información de otra persona que conoce por razón de su oficio, y que, por tanto, no ha llevado a cabo, consuma su acto cuando, a partir de su entrega, existe disponibilidad efectiva sobre aquélla.

En cambio, los supuestos en los que se facilita que un tercero ejecute un acto de colaboración, el delito se encuentra en fase de preparación o tentativa hasta que el segundo colaborador consuma su propia ayuda. Por ejemplo, si el colaborador A entrega su coche al colaborador B para que este último transporte a un terrorista, esto es, facilita que alguien lleve a cabo un acto de colaboración, la aportación del vehículo no es un acto consumado hasta que B comienza a realizar su traslado.

c) La conducta consistente en recabar un acto de colaboración

Por último, según la primera acepción del diccionario de la Real Academia Española, “recabar” significa conseguir lo que se desea

¹¹⁸⁴ En este caso, la promesa de encubrimiento constituye un acto de participación psíquica.

¹¹⁸⁵ Véase la primera acepción de este verbo en el diccionario de la Real Academia Española.

¹¹⁸⁶ Así, por ejemplo, la STS de 21 de junio de 2005 (ponente Puerta Luís) resuelve un caso en el que un funcionario, aprovechando su trabajo, facilitó a miembro de ETA información sobre matrículas de vehículos.

(información, alojamiento, dinero, etc.) después de solicitarlo. Por tanto, esta conducta no alcanza su fase consumativa hasta el momento de posterior disponibilidad de aquello obtenido. Ciertamente, según la segunda acepción, recabar significa solicitar. Así, desde esta perspectiva, tal acto de colaboración se consumaría con la mera solicitud¹¹⁸⁷. Ahora bien, en atención al fundamento del art. 576 CP, a mi juicio debe acogerse la primera acepción, que también cabe en su tenor literal. De lo contrario, pedir a un sujeto que entregue –libremente– dinero, por ejemplo, a una organización terrorista, ya sería constitutivo de una infracción penal consumada aunque finalmente nunca se entregase lo solicitado, esto es, pese a que no hubiera existido favorecimiento a la peligrosidad de la organización.

Así, pues, si quien recaba dicha ayuda también es un colaborador, la persona que la ha facilitado sólo consume su delito cuando este segundo cooperador la entrega a la banda armada y existe disponibilidad sobre ella. Del mismo modo, si a quien se le ha solicitado la ayuda la entrega directamente a la organización, el delito se consume, para ambos colaboradores, a partir del momento en que dicha aportación está disponible para el grupo armado.

De este modo, por ejemplo, si el colaborador que solicita dinero de un tercero no llega a obtenerlo o a entregarlo a la banda, o éste es confiscado momentos después, no se puede castigar ni al que facilita ni al que recaba por un delito consumado. Por el contrario, tal momento no se produce hasta que la suma dineraria está disponible para la banda, siendo indiferente que la utilice o no.

d) El caso de la Mesa Nacional de HB

En definitiva, pues, la idea general es que si la organización terrorista nunca tuvo disponibilidad sobre la ayuda prestada, el delito de colaboración no llegó a consumarse. Sin embargo, de opinión contraria fue el Tribunal Supremo en el caso de la Mesa Nacional de HB (Sentencia de 29 de noviembre de 1997, ponente García-Calvo y Montiel), en el que, como es sabido, condenó a sus miembros por ceder sus espacios electorales a ETA.

¹¹⁸⁷ En este sentido, para CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 84, los casos de recabar cualquier acto de colaboración se consuman con la sola petición.

En lo que aquí interesa, la Sala Segunda consideró que en ese supuesto concurría un delito de colaboración con banda armada consumado, y no en grado de tentativa, aunque el vídeo no llegó a difundirse al ser intervenido judicialmente. A su juicio, la efectiva divulgación hubiera supuesto el agotamiento del tipo. No obstante, éste ya se había consumado a partir del momento en el que los miembros de HB adoptaron la decisión de ceder a ETA los espacios electorales gratuitos que les correspondían, lo que sucedió en su reunión de 5 de febrero de 1996¹¹⁸⁸.

Ahora bien, la decisión final de difundir aquellas cintas correspondía a un tercero, esto es, las televisiones públicas. Por tanto, dicho acto no llegó a consumarse puesto que ETA nunca tuvo efectiva disponibilidad sobre los espacios electorales gratuitos¹¹⁸⁹.

B) Tentativa y actos preparatorios

a) Sobre la tentativa en los delitos de mera actividad y en los delitos de resultado (de peligro)

En el apartado anterior, se ha determinado que la consumación de los actos de colaboración no se produce hasta que existe disponibilidad sobre la aportación entregada a la banda. Sólo a partir de ese momento el riesgo proveniente de tal ayuda es susceptible de pervivir en su marco y materializarse en la ejecución de los delitos-fin perseguidos, lo que constituye el fundamento de la punición de estas conductas.

Ahora bien, obsérvese cómo, con esta interpretación sobre el momento consumativo, el delito de colaboración con banda armada no es un delito de mera actividad sino de resultado (de peligro): tiene que existir un resultado distinto y separado de los actos de cooperación ejecutados por el autor, consistente en la disponibilidad de la ayuda una vez se ha puesto a disposición del grupo. Así, por ejemplo, después de elaborar información hay que entregarla, finalizada la construcción de un zulo hay que avisar sobre su ubicación, etc., y, en todo caso, la organización ha de

¹¹⁸⁸ En cambio, consideran que era perfectamente posible calificar los hechos enjuiciados en esta Sentencia como tentativa, ASÚA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada”, aptdo. V; y CUERDA-ARNAU, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión”, pp. 39-40.

¹¹⁸⁹ Además, en mi opinión, esta conducta no es subsumible en ninguno de los actos de colaboración descritos en el art. 576 CP como se verá *infra* 3^a.II.4.D.b.

tener la posibilidad de usar tal ayuda. De este modo, aunque dicho resultado no es de lesión efectiva de un bien jurídico, sí que constituye la creación de un peligro (abstracto) para aquél. Desde el instante en que una aportación puede ser usada por una banda armada en cualquier momento, se crea una situación de riesgo para los bienes jurídicos protegidos por los delitos-fin perseguidos por la organización terrorista.

Como es sabido, en los delitos de mera actividad, la doctrina no acepta de modo unánime que existan momentos que estructuralmente¹¹⁹⁰ se correspondan con su inicio de ejecución¹¹⁹¹. Es más, admitido el plano estructural, existe una dimensión ulterior de análisis que versa sobre la tentativa en tales delitos, la cual también es debatida: si puede castigarse en función de lo establecido por la ley, puesto que la regulación de la tentativa contenida en el Código Penal de 1995 sustituyó el antiguo término “delito” (art. 3 CP⁷³) por el de “resultado” (art. 16). De este modo, se ha planteado la cuestión de si dicha modificación terminológica excluye la tentativa en los delitos de actividad que, por definición, no producen ningún resultado lesivo separable espacio-temporalmente de la conducta¹¹⁹².

Ahora bien, de la formulación defendida en este trabajo, a saber, que es posible distinguir entre las conductas descritas en el art. 576 CP y un resultado espacio-temporalmente separado de aquéllas, se desprende: por un lado, que son imaginables muchos supuestos de colaboración (o de

¹¹⁹⁰ Así, por ejemplo, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 141, considera que “las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada e inacabada, no son posibles formalmente”.

¹¹⁹¹ Como indica ALCÁ CER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, p. 95, con ulteriores referencias, la imposibilidad estructural de admitir la tentativa en los delitos de mera actividad suele venir acompañada de una defensa de la teoría objetivo-formal sobre el comienzo de la ejecución típica. Desde esta perspectiva, puesto que la tentativa no se considera empezada hasta la misma realización del verbo típico, en los delitos de actividad, la tentativa se solapa con la consumación.

¹¹⁹² Sobre esta cuestión, cfr. ALCÁ CER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría, passim*, p. 96. Como indica este autor (pp. 96-97), “el marco semántico de la acepción de ‘resultado’ no aparece muy claro en la dogmática penal actual, coexistiendo diversos significados del mismo”. En concreto, apunta tres posibilidades: en primer lugar, la noción “resultado” puede entenderse de modo naturalístico, esto es, como un resultado fáctico espacio-temporalmente separable de la acción; en segundo lugar, de manera valorativa, es decir, concebido como desvalor de resultado; y, por último, como el resultado típico consistente en la completa realización del tipo legal de la parte especial. Por tanto, a partir de la redacción del art. 16 CP, tanto puede sostenerse que la tentativa de los delitos de mera actividad es impune, como la posición contraria (véase, también, POLAINO NAVARRETE, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, pp. 36-37).

pertenencia) en los que la aportación queda estructuralmente en una fase del *iter criminis* anterior a la consumación; y, por el otro, que no se plantean problemas sobre si la ley impide la posibilidad de admitir tanto la tentativa acabada como la inacabada en los delitos de actividad¹¹⁹³. No obstante, desde esta perspectiva, la cuestión a tratar versa sobre el comienzo de la tentativa en el delito de colaboración con banda armada.

b) El comienzo de la tentativa en los actos de colaboración

Hasta aquí, se ha determinado que el delito de colaboración con banda armada es un delito de resultado (de peligro) cuya consumación se produce cuando, una vez realizado el acto descrito en el tipo, existe un resultado separado espacio-temporalmente de aquél, consistente en la disponibilidad de la aportación realizada, facilitada o recabada. De este modo, puesto que las formas de imperfecta ejecución no plantean ningún problema, ni estructural ni legal, en los delitos de resultado, lo que hay que determinar es cuando se inicia la tentativa en estos supuestos¹¹⁹⁴.

Como es sabido, el comienzo de la ejecución de un delito es una de las cuestiones más debatidas en Derecho Penal. Por un lado, existen teorías que han intentado establecer la delimitación entre actos preparatorios y

¹¹⁹³ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, p. 96.

¹¹⁹⁴ Sin embargo, hay que poner de relieve que un sector importante de la doctrina descarta la punición de la tentativa en los actos de colaboración desde un plano del deber ser. Así, ARROYO ZAPATERO “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo”, p. 412, considera que “al consistir el delito de favorecimiento en un tipo que eleva a la categoría de delito actos preparatorios, (...), debe rechazarse (...) la punibilidad de la tentativa”; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 84, afirma que “si la colaboración supone ayuda real, cuando ni tan siquiera tal colaboracionismo se logra procede entender que la conducta no es típica”, pese a que técnicamente es posible la sanción de formas imperfectas de ejecución; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 162, afirma que “la tentativa de preparación es actividad ‘preparatoria’; y nada –ni desde el punto de vista dogmático, ni de política criminal– justifica una ulterior anticipación de las barreras de protección penal”; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 212, opina que, formalmente, puede castigarse el delito de colaboración “en la forma imperfecta de tentativa”, si bien, materialmente, “es inadmisibles la punición de la tentativa de un acto en sí preparatorio”. En cambio, según LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 247, “si el tipo de asociaciones ilícitas se concibe como un delito autónomo, ningún obstáculo grave se opone a la aplicación de las reglas generales sobre formas de aparición delictiva”. De este modo, “en el supuesto de asociaciones terroristas o rebeldes cabrían, pues, tanto las formas imperfectas de ejecución, (...), como los actos preparatorios”. Ahora bien, sea como fuere, dado que la tentativa está prevista de modo general en nuestro Código Penal y no presenta dudas respecto a su punición en los delitos de resultado, no castigarla con relación a los actos de colaboración vulneraría el principio de legalidad penal.

ejecutivos partiendo del fundamento de la punición de la tentativa. Por el otro, un segundo grupo de posturas se caracterizan por operar con criterios vinculados a la concreta descripción de los tipos legales. Dentro de ellas, una línea doctrinal entiende ejecutivos únicamente los actos propiamente típicos (teoría objetivo-formal), mientras que otros autores adelantan el momento ejecutivo a conductas en las que existe un nexo de inmediatez con las propiamente típicas (teoría de los actos intermedios)¹¹⁹⁵.

A mi juicio, esta última postura es la más adecuada para dar respuesta a la cuestión sobre la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos¹¹⁹⁶, puesto que es la teoría que más retrasa el comienzo de la ejecución, sin plantear, a su vez, insatisfacciones dogmáticas y político-criminales insalvables. Teniendo en cuenta que los actos de colaboración con banda armada adelantan de modo excepcional las barreras de punición, el inicio de la tentativa ha de determinarse del modo más restrictivo posible, pero sin caer en inconsistencias ni dogmáticas, ni de política criminal.

Aunque la teoría objetivo-formal es la más restrictiva de las posturas que establecen el comienzo de la tentativa, esta concepción puede considerarse prácticamente abandonada, al no haber sido capaz de reaccionar ante las críticas que desde sus inicios se le dirigieron. Como indica ALCÁCER GUIRAO¹¹⁹⁷, “en los delitos ‘instantáneos’, caracterizados porque el tipo se limita a describir la acción con relación al mismo resultado –matar, lesionar-, la teoría objetivo-formal llevaría a la imposibilidad de admitir una tentativa (inacabada) en los mismos”: respecto al verbo “matar”, por ejemplo, “la tentativa comenzaría en el momento que se produce el resultado típico”¹¹⁹⁸. Además, de este modo, dejaría impunes conductas indudablemente merecedoras de castigo, como apuntar con el arma homicida con la intención de dar muerte a la víctima.

En consecuencia, pues, partiendo de la teoría de los actos intermedios, el inicio de ejecución en el delito de colaboración debe situarse en el momento en el que entre la conducta a enjuiciar y la plena disponibilidad de la aportación no existan actos intermedios esenciales¹¹⁹⁹. Así, en los supuestos en los que deba entregarse materialmente una cosa –por ejemplo, información- el comienzo de la tentativa se situará en el instante

¹¹⁹⁵ Sobre esta cuestión, véase ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 24 ss., concretamente, la p. 50.

¹¹⁹⁶ En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, p. 69.

¹¹⁹⁷ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, p. 52.

¹¹⁹⁸ Sobre esta cuestión, véase, también, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 346.

¹¹⁹⁹ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 54 ss.

en el que, elaborada ésta, el sujeto comience a entregarla, esto es, en el momento en que se disponga a tirarla al buzón; a mandar el *email* mediante el botón de “enviar”; a darla en mano; etc. Por el contrario, aún no se habrá iniciado la fase ejecutiva mientras esté andando en busca de un buzón o de quien deba recibirla en persona, o redactando el correo electrónico.

Por el contrario, según la STS de 21 de noviembre de 2002 (ponente Andrés Ibáñez), la integración en un grupo de información de ETA sin haber realizado o participado en ningún hecho concreto consistente en la elaboración de datos constituye un acto de colaboración en grado de tentativa.

Del mismo modo, en los casos en los que el acto de colaboración se tenga que poner a disposición de la banda informándole sobre su disponibilidad, la tentativa comenzará cuando vayan a facilitarse tales datos: cuando el sujeto empiece a hablar, cuando esté a punto de mandar el *email* o de echar la carta en el buzón, etc.

Por último, en los supuestos de ocultación y traslado de personas o bienes, la fase ejecutiva se iniciará en los momentos justamente anteriores a la entrada en el lugar de acogida o al comienzo del traslado.

En este sentido, la STS de 16 de mayo de 2000 (ponente Bacigalupo Zapater) establece que el comienzo de ejecución del acto consistente en la ocultación de personas vinculadas a organizaciones terroristas requiere que quien va a esconderse se encuentre muy próximo a la entrada del lugar y esté ya dispuesto para un acogimiento inmediato.

De este modo, tanto en los casos en que se tiene que entregar la aportación material como en aquellos otros en los que se debe informar sobre su disponibilidad, la tentativa estará acabada cuando el acto de colaboración se haya puesto a disposición de la banda, sin que el sujeto en cuestión tenga que realizar ninguna otra conducta. En consecuencia, pues, en tales supuestos siempre existirá un lapso de tiempo en el que la tentativa estará terminada sin que todavía se haya producido la consumación, a saber, durante el intervalo temporal en que puesta la ayuda a disposición de la banda, aún no exista disponibilidad. Por ejemplo, si el sujeto A manda por *email* información sobre potenciales víctimas al sujeto B, la tentativa comenzará, como se ha indicado, en el momento en que A se disponga a apretar el botón del ordenador que enviará el correo electrónico y se terminará cuando se haya efectuado el envío. Ahora bien, tal acto de colaboración no estará consumado hasta que su destinatario haya consultado tal *email*. Así, por ejemplo, si la policía

detuviera a dicho sujeto antes de haber podido leer el correo en cuestión, tal aportación no se habría consumado, puesto que no llegó a existir disponibilidad sobre la ayuda.

c) Actos preparatorios punibles

Por su parte, no hay ninguna duda sobre la punición de *lege lata* de los actos preparatorios respecto a las conductas de colaboración. Por un lado, el art. 579.1 CP tipifica la conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de terrorismo de los arts. 571 a 578 CP. Por el otro, el art. 519 CP también prevé su castigo en el ámbito de las asociaciones ilícitas.

Ahora bien, a mi juicio, no deberían ser punibles. Teniendo en cuenta que, como se ha indicado, las conductas de colaboración con banda armada suponen un adelantamiento excepcional de las barreras de punición, la tipificación de sus actos preparatorios implica castigar hechos demasiado alejados de la efectiva lesión de un bien jurídico¹²⁰⁰. Por ello, sería conveniente que los tribunales elevaran una cuestión de inconstitucionalidad respecto a este extremo en el momento en que tuvieran que resolver un caso que presentara tal estructura.

4. Límite inferior: supuestos de atipicidad

En tercer lugar, después de haber determinado los límites superiores (pertenencia) y anteriores (preparación y tentativa) del delito de colaboración, este apartado versa sobre sus límites inferiores, esto es, sobre aquellos supuestos que, partiendo de nuevo del fundamento del castigo de los actos de colaboración, tienen que considerarse atípicos.

En concreto, la cuestión a analizar se centra en los casos en los que se constata que un sujeto se puso a disposición de una organización terrorista, pero no existe prueba de ningún acto material concreto de soporte a la banda. ¿Cómo hay que calificar la conducta de una persona

¹²⁰⁰ Respecto a esta cuestión, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 185, pone de relieve que “la doctrina viene rechazando, casi de manera unánime, la posibilidad de considerar punible la conspiración” respecto de los actos de colaboración, y añade que “parece muy forzado pensar que el sistema penal pueda soportar la punición por conspiración de un acto preparatorio, cuando ya, por sí mismo y por su propia naturaleza, es excepcional la punición de éstos”.

consistente en declarar su disposición a cometer delitos de terrorismo, bien a través de una manifestación de voluntad –por ejemplo, “quiero integrarme en vuestra organización”, “quiero colaborar con vosotros”, o “contad conmigo para lo que necesitéis”-, bien mediante actos concluyentes –inicia el entrenamiento para convertirse en terrorista?¹²⁰¹.

A) La disposición a cometer delitos

Como se verá a continuación, la realidad demuestra que casos como los citados se plantean en la práctica, por lo que hay que darles respuesta. Para ello, ante todo, hay que diferenciar grupos de supuestos. Así, por un lado, debe clarificarse cuál es el delito respecto del que existe dicha disposición: en primer lugar, será de integración si el deseo es ostentar un rol estable dentro del grupo; en segundo lugar, de colaboración, si la voluntad es ayudar esporádicamente; y, en tercer lugar, es posible que se quiera intervenir en algún delito concreto, todavía no especificado –por ejemplo, cometer un atentado suicida, pero sin concretarse ni cómo, ni dónde, ni cuándo-¹²⁰².

Por el otro lado, hay que distinguir según el modo como se realice esa manifestación de voluntad: o bien de manera explícita mediante la palabra, o bien a través de actos cuyo significado inequívoco implica ponerse a disposición de una banda, lo que ocurre cuando se inicia un entrenamiento para cometer delitos de terrorismo.

a) Supuestos de integración o colaboración atípicos

En primer lugar, cuando una manifestación de voluntad verbal no implique objetivamente que la organización pueda contar con la aportación material o personal de ese sujeto a corto plazo, por ser materialmente imposible, se trata de un caso atípico¹²⁰³: la organización ni

¹²⁰¹ Obsérvese que en estos supuestos existe un ofrecimiento para la comisión de delitos. Por tanto, la estructura es la inversa a la de la proposición: un sujeto se ofrece como autor o partícipe para cometer o colaborar en delitos, bien de resultado de peligro (pertenencia o colaboración), bien de resultado material (delitos-medio o delitos-fin de la organización).

¹²⁰² Respecto a esta última modalidad, piénsese que en el fenómeno del terrorismo islámico existen muchos sujetos que declaran su disposición a inmolarse, de modo que llegado el momento la organización les avisa que es hora de hacer efectiva su voluntad.

¹²⁰³ En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 267.

dispuso ni pudo disponer de ninguna ayuda por lo que no se realizó ninguna aportación susceptible de pervivir en su seno.

Por ejemplo, si el líder de una organización terrorista condenado a 30 años de prisión manifiesta a los 10 años de cumplimiento de la pena impuesta que cuando quede en libertad su intención es la de incorporarse de nuevo a dicha banda armada o ayudarla esporádicamente, no debe ser considerado ni miembro ni cooperador. Es decir, tal declaración de voluntad no puede ser constitutiva de ninguna clase de colaboración puesto que el sujeto no tiene la capacidad para realizar lo prometido. En otras palabras, es materialmente imposible que la banda armada pueda contar con su aportación¹²⁰⁴.

De hecho, por un lado, tales manifestaciones son constitutivas de una tentativa irreal¹²⁰⁵ (de pertenencia o colaboración), la cual se considera que debe quedar impune por la mayoría de la doctrina¹²⁰⁶. Como es sabido, “cuando la inidoneidad de la tentativa alcanza un grado tal que para cualquier espectador objetivo, colocado en la situación del autor, carece de toda base la posibilidad de que se alcance la consumación, se habla de tentativa irreal”¹²⁰⁷.

Por el otro lado, dichas declaraciones tienen una estructura de amenazas no condicionales de mal constitutivo de delito: “cuando salga de prisión me integraré en una organización armada terrorista”. Sin embargo, el art. 169 CP no prevé en el catálogo de delitos que pueden constituir ese mal el de pertenencia a asociación ilícita (art. 515 CP)¹²⁰⁸. Además, dicha

¹²⁰⁴ En este sentido, la STS de 2 de noviembre de 2007 (ponente Soriano Soriano) establece que uno de los rasgos del tipo de pertenencia es el elemento material u objetivo, esto es, la realización o la posibilidad de realizar actividades de colaboración con la banda, que contribuyan a alcanzar la finalidad que el grupo persigue.

¹²⁰⁵ De otra opinión, ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, p. 54, considera que una adhesión formal no seguida de prestación alguna ha de seguir las reglas del desistimiento.

¹²⁰⁶ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 355.

¹²⁰⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 355.

¹²⁰⁸ Por lo que tampoco es de aplicación el art. 170.1 CP, que castiga las amenazas de mal constitutivo de delito cuando éstas fueran dirigidas a “*atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo*”. Puesto que esta figura es una modalidad agravada del art. 169 CP (como pone de relieve BARQUÍN SANZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 175 “el sentido agravatorio de la norma está expresado a través de las ‘penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior’”), los requisitos que tienen que concurrir para su aplicación son los mismos que los que se exigen en tal precepto (en este sentido, véase DEL ROSAL BLASCO, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 198). De este modo, el mal al

amenaza ni trasciende a terceros¹²⁰⁹ ni se dirige contra un sujeto concreto¹²¹⁰.

Ahora bien, tales afirmaciones no conllevan que sea imposible pertenecer a una organización terrorista desde la prisión, incluso como director o promotor: primero, si puede probarse que una persona sigue dirigiendo a una banda armada o a alguno de sus grupos estando privado de libertad, esto es, marcando los objetivos o la estrategia a seguir, no hay ningún problema para que sea considerado dirigente; segundo, si se constata que alguien continúa adoctrinando y captando terroristas desde la cárcel o elaborando el ideario de la organización, debe ser castigado como promotor; por último, si se determina que un sujeto ha realizado distintas y continuadas contribuciones materiales al grupo, tales como la aportación de experiencia¹²¹¹, de conocimientos técnicos¹²¹² o de ideas en la planificación¹²¹³, su conducta puede subsumirse en el tipo de la integración genérica (y, si tal cooperación no ha sido continuada, puede ser castigado como colaborador)¹²¹⁴.

No obstante, la aportación de experiencias, ideas o conocimientos en general (tanto desde dentro como desde fuera de la cárcel) ha de poder

que se refiere el art. 170.1 CP ha de ser constitutivo de alguno de los delitos que se enumeran en la lista del artículo anterior. Sin embargo, hay que poner de relieve que en la jurisprudencia no existe acuerdo sobre esta cuestión. Así, mientras que el ATS de 25 de julio de 2001 (ponente Marañón Chavarrí) mantiene esta postura, la STS de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García) establece que el mal lo puede constituir cualquier delito.

¹²⁰⁹ Por lo que pese a considerar que el mal al que se refiere el art. 170.1 CP lo puede constituir cualquier delito faltaría la comunicación de la amenaza a un colectivo.

¹²¹⁰ Por lo que tampoco sería posible punirla en virtud de la falta del art. 620.2º CP, que tipifica las amenazas leves, puesto que para su perseguibilidad exigen denuncia de la persona agraviada.

¹²¹¹ Por ejemplo, la SAN de 23 de junio de 2000 (ponente Murillo Bordallo) castiga como miembro de organización terrorista a un sujeto que aportó a ETA su experiencia con explosivos.

¹²¹² Cfr. el AAN de 8 de febrero de 2001 (ponente López Ortega), que establece que constituye un acto de colaboración el asesoramiento en materia de telecomunicaciones.

¹²¹³ Por ejemplo, en la carta que Henri Parot Navarro mandó a la cúpula de ETA (véase el texto completo de esta epístola en la SAN de 2 de febrero de 2007, ponente Fernández Prado; resolución confirmada por la STS de 2 de noviembre de 2007, ponente Soriano Soriano), dicho sujeto les aportaba su experiencia como terrorista, detallando alguna de las misiones en las que había participado e indicando la clase de explosivos que debían usarse y su modo de empleo para causar grandes estragos, por un lado; y, por el otro, les proponía ideas sobre la línea de actuación que debía seguir la banda armada para dañar lugares vitales de España.

¹²¹⁴ Véase, en el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, pp. 267-268.

tener alguna relevancia práctica. Si se demuestra que las explicaciones, consejos o propuestas realizados son *ex ante* impracticables o no pueden aprovecharse, tales contribuciones deben ser consideradas atípicas.

Así, como ejemplo de acto impracticable puede citarse aquél en que un sujeto recomienda a una banda armada de escasos recursos que atente contra objetivos que requerirían una gran infraestructura: en 1985, alguien propone a miembros del GRAPO que derriben un satélite americano, como muestra de su rechazo al capitalismo. En general, pues, se trata de supuestos en los que las ideas aportadas son imposibles de ser llevadas a la práctica debido a las características estructurales y logísticas de la organización en ese momento determinado.

Por su parte, como ejemplo de acto que no puede ser aprovechado, la SAN de 27 de junio de 2003 (ponente García Nicolás) absuelve a los sujetos acusados de colaborar con banda armada por realizar la conducta de elaborar y difundir públicamente un boletín encaminado a desprestigiar al cuerpo de la Guardia Civil. Según indica, dicha actividad no era **aprovechable** (ni fue aprovechada) por la banda terrorista ETA, aunque compartía, eso sí, sus fines independentistas.

Del mismo modo, si las experiencias, ideas o conocimientos que se aportan a una banda ya son sabidos por ésta y forman parte de su estrategia, tales aportaciones no constituyen delito alguno. Por ejemplo, alguien aconseja a los miembros de una organización terroristas que vayan armados cuando cometen atentados terroristas. En este sentido, es discutible que la aportación de ideas y experiencias realizadas por Henri Parot, a las que se ha aludido en este apartado, fuera objetivamente de alguna relevancia para la actividad de ETA. En concreto, aunque tal sujeto relataba algunas misiones terroristas en las que había participado, lo hacía de un modo muy vago y genérico¹²¹⁵.

De nuevo, la aportación que no es objetivamente idónea *ex ante* para contribuir a las actividades terroristas de un grupo, es constitutiva de una tentativa irreal, del mismo modo que sucede cuando un sujeto no tiene la capacidad para realizar lo prometido (supuesto del terrorista “incomunicado” en prisión).

¹²¹⁵ En mi opinión, las declaraciones vertidas en la epístola que Henri Parot dirigió a la cúpula de ETA son únicamente constitutivas de un delito de estragos terroristas en grado de proposición.

En segundo lugar, aunque un sujeto declare su intención de ayudar a una organización terrorista y ello sea posible, puede ocurrir que la banda armada no tome en consideración su ofrecimiento o que tal manifestación no llegue a sus destinatarios (por ejemplo, en el caso de una carta que es interceptada). En estos casos, pues, dado que no ha existido ningún acto de favorecimiento a las actividades de una organización terrorista, tal conducta también debe considerarse atípica¹²¹⁶.

En tercer lugar, si la promesa se realiza respecto a un concreto acto de cooperación, pero con posterioridad se demuestra que dicho sujeto nunca lo preparó materialmente ni empezó a ejecutar la aportación prometida, dicha declaración de voluntad tampoco alcanza el umbral típico del delito de colaboración.

Por ello, no comparto el fallo dictado por la STS de 16 de febrero de 2007 (ponente Martínez Arrieta), que condena a un sujeto por pertenencia a banda armada terrorista. En dicho caso, una persona se comprometió con la organización terrorista *Al Qaeda* a crear una página web para difundir en internet el contenido del pensamiento de los *sheiks*¹²¹⁷ más radicales que propugnan la *yihad* (guerra santa), y, de este modo, captar adeptos en todo el mundo. Sin embargo, entre 1998, momento en el que dicho sujeto recibió los veintidós CDs que contenían la citada doctrina para colgarse en internet (el denominado “Proyecto de Divulgación”), hasta su detención en 2002, pasaron tres años y siete meses en los que dicho individuo no realizó ninguna actividad¹²¹⁸.

Así, ante todo, puesto que sólo concurre una promesa de un único acto de favorecimiento el delito a tener en cuenta es el de colaboración, no el de pertenencia. Además, se trata de un caso atípico, ya que, a mi juicio, el mero ofrecimiento de ayuda no es

¹²¹⁶ En este sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 183, considera que no es decisivo para integrar el delito de pertenencia “que un sujeto desee con todas sus fuerzas ser aceptado en las filas de una organización, si ésta finalmente no lo encuentra conveniente y no lo acepta como miembro, quizás tras un período de prueba. No ha tenido, desde luego, la relación orgánica con la organización que puede ser denominada condición de miembro”.

¹²¹⁷ Un *sheik* es una persona legitimada para dictar fatuas, en las que se hace un llamamiento a la guerra contra los EUA y los judíos.

¹²¹⁸ Cfr. el voto particular dictado por el magistrado Martín Pallín, al que se adhiere Andrés Ibáñez.

punible; especialmente, cuando el transcurso del tiempo pone de relieve que no se está realizando aquello pactado¹²¹⁹.

Por tanto, si una organización terrorista propone a alguien que colabore con sus actividades, por mucho que este sujeto acceda no puede ser castigado por un delito consumado hasta que empiece a ejecutar la aportación con la que se comprometió.

En este sentido, la STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar) establece que para aplicar el art. 576 CP no basta la disposición a colaborar. Así, considera atípica la conducta de un individuo que simplemente accedió a la propuesta de realizar seguimientos y de elaborar informaciones sobre posibles objetivos terroristas. Como indica la Sala Segunda, “en este caso, lo que la sentencia recurrida atribuye al recurrente es una mera predisposición: al punto que se dice que ‘éste accede’ simplemente, pero no concreta si en efecto colaboró o no, y este déficit descriptivo impide la aplicación del art. 576 del Código penal”. Sin embargo, la STS de 14 de junio de 2007 (ponente Colmenero Menéndez de Lurca), por el contrario, condena por pertenencia a banda armada a un sujeto que “aceptó colaborar con ETA aportando su apoyo al miembro activo de un comando (...) cuya misión sería realizar actuaciones para acabar con la vida” de policías y políticos¹²²⁰.

No obstante, obsérvese como, de *lege lata*, tales conductas pueden castigarse en virtud de los arts. 579.1 CP –respecto al tipo de colaboración- o 519 –en relación con el delito de pertenencia-, puesto que constituyen una proposición punible a realizar actos de cooperación.

En definitiva, pues, la idea general es que para que una banda terrorista pueda utilizar una concreta aportación realizada por un sujeto, de modo que sea susceptible de contribuir a la comisión de delitos-fin, la organización ha de poder contar efectivamente con ella. Por tanto, no

¹²¹⁹ Por otro lado, la Sentencia pone de relieve que cuando el condenado fue detenido “estaba creando la instalación para la difusión”. Sin embargo, esto nos situaría en un momento del *iter criminis* anterior a la consumación (en el mismo sentido, se pronuncian los magistrados Martín Pallín y Andrés Ibáñez en su voto particular a la Sentencia comentada).

¹²²⁰ Sigue la Sentencia: “Tal apoyo **consistiría** en facilitarle los desplazamientos que aquel precisara, poniendo a su disposición un automóvil que el acusado conduciría, y estando disponible no solo para esos mismos movimientos, sino además para la realización de otras gestiones que pudieran comprometerle de alguna forma, y también para cualquier momento en que necesitara huir, en caso de presentarse tal eventualidad, haciéndolo sin límite temporal alguno” (negrita añadida).

existe un favorecimiento de tales características en las meras promesas y manifestaciones de intenciones.

En este sentido, la SAN de 27 de febrero de 2008 (ponente Guevara Marcos) establece que el delito de pertenencia requiere al menos un acto “potencialmente eficaz, positivo y útil para las actividades de la organización, lo que no ocurre en supuestos de simple disponibilidad anímica a prestar ayuda”.

b) La frontera entre supuestos atípicos y supuestos de autoría y participación en un delito concreto

Como se ha indicado, también puede suceder que la promesa de colaboración se refiera a un acto delictivo concreto. Por tanto, en estos supuestos existen dos variantes, según el título de intervención que se esté dispuesto a asumir, esto es, el de autor o el de partícipe.

Así, cuando un sujeto se declara dispuesto a participar en un delito concreto (“cuando decidáis matar a algún sujeto podéis contar con mi ayuda”), no podrá ser castigado hasta que se inicie la ejecución del tipo, siempre que en ese momento concurra alguno de los siguientes requisitos: o bien ya haya realizado alguna aportación material concreta (como la entrega del arma homicida), o bien se sepa cuál será su contribución durante o después de la ejecución (por ejemplo, ayudarlos a escapar del lugar del crimen)¹²²¹.

Por tanto, rigen las normas generales sobre autoría y participación. Sólo a partir del inicio de la ejecución de un delito determinado su voluntad es concretada y se presenta como penalmente relevante en orden a la protección de la vida de la víctima escogida. En cambio, la mera promesa genérica no puede castigarse legítimamente a través de los delitos de pertenencia o de colaboración¹²²².

¹²²¹ No sigue este criterio la aludida STS de 14 de junio de 2007 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca).

¹²²² No obstante, también podría concurrir una conspiración delictiva desde el momento en que un sujeto se concertara con terceros para participar en un delito concreto –esto es, que se le asignara su concreta tarea de participación, por ejemplo, conseguir el arma homicida–, siguiendo al sector doctrinal que no concibe este acto preparatorio como “coautoría anticipada” (así, CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito*, p. 94; y FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, pp. 377 y 380-381). Por el contrario, si se considera que “sólo pueden ser sujetos de la conspiración quienes reúnan las condiciones necesarias para ser **autores** del delito proyectado” (así, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 341-342, negrita añadida), el sujeto que, de ejecutarse el delito, sería

Por su parte, las mismas reglas son aplicables a los “terroristas suicidas” que se declaran dispuestos a inmolarse. Así, el Derecho Penal puede intervenir legítimamente a partir del momento en que la organización les comunique que ha llegado su turno y los destinatarios acepten dicha propuesta específica, pero no antes. En concreto, dicho ofrecimiento constituye un delito de asesinato terrorista en grado de proposición.

c) La declaración de voluntad de integrarse en una banda armada a través de actos concluyentes: la preparación para convertirse en terrorista

Ciertamente, el caso límite lo constituye aquél en el que un sujeto que quiere integrarse en una organización terrorista en el futuro ya se está preparando para ello. Es decir, los supuestos en los que la manifestación de voluntad de formar parte de una banda armada no se realiza a través de la palabra sino de hechos concluyentes cuyo significado inequívoco implica estar a su disposición. ¿Merecen el mismo tratamiento?

Pues, bien, en mi opinión, sí. También en estos casos el castigo tendría su fundamento en el sujeto peligroso¹²²³ y no en el propio hecho, ya que el mero entrenamiento no crea ningún riesgo susceptible de pervivir en el seno de la organización¹²²⁴. Por tanto, la pena estaría situada en la órbita de las medidas de seguridad predelictuales¹²²⁵.

considerado partícipe (cooperador necesario o cómplice) no reúne estas características. Sin embargo, hay que poner de relieve que un sector doctrinal, entre ellos MIR PUIG (cfr. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, p. 169), no matiza si ese “autor del delito proyectado” al que se hace referencia incluye al cooperador necesario, que, como es sabido, es equiparado al autor en el art. 28 b) CP. Por el contrario, CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, pp. 41-41, partiendo de la solución de la coautoría anticipada sólo excluye al cómplice del crimen planeado. Así, a su juicio, la conspiración queda circunscrita al autor del art. 28 CP. En este sentido, también BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, pp. 170-171, excluye al cómplice, pero acepta “la calidad de conspirador respecto del sujeto que se reserve para la realización del hecho un papel de cooperación necesaria”.

¹²²³ En este sentido, los detractores de castigar en Alemania la asistencia a campos de entrenamiento como acto de apoyo a organización terrorista aluden a que se pena a “gente peligrosa”. Frente a esta postura, no obstante, el actual Ministro Federal del Interior, Wolfgang Schäuble, afirma que “quien se somete a una formación planificada en atentados en un campo del terror, no está allí organizando su tiempo libre: lo hace para cometer atentados” (cfr. CANCIO MELLÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 206, nota 96).

¹²²⁴ De nuevo, puede facilitar la planificación. Sin embargo, si finalmente quines se entrenan no llegan a integrarse de un modo efectivo en la banda armada, el mero

Además, nunca se sabe si finalizado su adiestramiento el “terrorista potencial” se echará para atrás, o si la propia organización considerará que no tiene “dotes” para realizar esa actividad delictiva. Por tanto, es necesario que cada sujeto empiece a realizar actos de colaboración concretos, es decir, que ponga en práctica las tácticas de entrenamiento aprendidas. Hasta ese momento quienes se preparan son “aspirantes”, pero “todavía no son miembros del grupo armado, no ‘pertenecen’ al mismo”¹²²⁶. Ahora bien, en estos supuestos, existe una estructura de preparación respecto al delito de pertenencia, que, ciertamente, puede castigarse de *lege lata* si concurren los requisitos de la conspiración, proposición o provocación. Así, lo más usual será que, en algunos casos, pueda existir una estructura de proposición respecto al delito de pertenencia: la banda ofrece a un sujeto pertenecer a una organización terrorista y éste acepta. Sin embargo, téngase en cuenta que no concurrirá esta estructura en caso que el sujeto sea quien se ofrezca voluntario y la banda acepte.

Por el contrario, según la STS de 21 de noviembre de 2002 (ponente Andrés Ibáñez), la siguiente conducta constituye un delito colaboración con banda armada en grado de tentativa: integrarse en un grupo de información a ETA, asumiendo el compromiso de prestar apoyo a las prácticas terroristas de la organización y celebrado reuniones propias de **preparación** genérica de esa actividad de asistencia, pero sin haber realizado o participado en la elaboración de informaciones concretas. Sin embargo, en mi opinión, esta conducta se sitúa en un momento del *iter criminis* anterior al comienzo de ejecución, que sólo podría castigarse en caso de presentar la estructura de alguno de los actos preparatorios punibles. Además, si la intención es asumir un rol estable dentro del organigrama del grupo, el delito de referencia es la pertenencia, no la colaboración.

proyecto se queda sin efectivos (en sentido similar, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, pp. 205-206, afirma que la asistencia a prácticas de entrenamiento “sólo en un sentido muy laxo puede entenderse como de apoyo a la organización –en la medida en que implica fortalecer, si no se produce una integración, las expectativas de crecimiento futuro de la organización”).

¹²²⁵ Véase *supra* 2°.V.1.

¹²²⁶ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 155.

Sea como fuere, de *lege lata*, el art. 576 CP prevé como acto de colaboración la asistencia a prácticas de entrenamiento¹²²⁷, aunque su estructura no guarde relación con tales conductas. Por tanto, de *lege ferenda*, su tipificación debería hacerse autónomamente, diferenciándose tanto de la pertenencia como de la colaboración¹²²⁸, lo que podría tratar de justificarse de dos modos. En primer lugar, desde la lógica del adelantamiento de las barreras de punición, se protegerían los bienes jurídicos que en última instancia son atacados por los delitos-fin cometidos por la organización. Ahora bien, teniendo en cuenta que la integración y la colaboración son delitos de peligro abstracto, se estaría castigando la preparación de la puesta en peligro abstracta de un bien jurídico¹²²⁹. De este modo, en mi opinión, esta solución no es viable desde la perspectiva de un Derecho Penal garantista, puesto que la lesividad material de tales conductas se difumina demasiado –como ya se ha indicado respecto a la punición de los actos preparatorios en estos casos–.

Ahora bien, a mi juicio, el castigo de algunos actos de entrenamiento puede legitimarse desde la lógica del injusto de los delitos de amenazas que recurre a la idea de protección de la seguridad¹²³⁰. Ciertamente, que un sujeto amenace seriamente a otro con matarle, por ejemplo, afecta a su

¹²²⁷ Del mismo modo, la conducta consistente en recibir de miembros de ETA un cursillo sobre armamento ha sido considerada por la jurisprudencia un acto de colaboración equivalente al de asistir a prácticas de entrenamiento (cfr. la STS de 18 de noviembre de 1999, ponente Jiménez Villarejo).

¹²²⁸ En este sentido, la LO 2/1981, de 4 de mayo, introdujo el art. 174 *bis* en el Código Penal de 1973 (posteriormente modificado por la LO 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal), el cual castigaba con la misma pena tres categorías diferentes de sujetos, según su relación con grupos o bandas armadas: los pertenecientes, los colaboradores y los asistentes a cursos o campos de entrenamiento de aquéllos.

¹²²⁹ Sea como fuere, en caso de acogerse esta perspectiva, tendría que imponerse una pena inferior a las otras dos categorías, con tal de respetar el principio de proporcionalidad. En tal sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 155, considera que la equiparación penológica entre la pertenencia y la asistencia a campos de entrenamiento “carece de fundamento técnico”.

¹²³⁰ Desde la perspectiva propuesta por JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, pp. 314-315, el injusto del delito de amenazas se define como una agresión contra la paz jurídica, de modo que se trata de un injusto parcial, porque no infringe las normas principales, sino “normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales”. De este modo, como indica PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus, passim*, p. 68, tal injusto “consiste en la afectación de la seguridad, y no en un peligro de lesión futura de bienes jurídicos individuales”. Es más, tal autora (p. 69) parte de este planteamiento para legitimar el delito de pertenencia, aunque discrepa de la afirmación de JAKOBS de que la seguridad es de naturaleza cognitiva. Por el contrario, otorga naturaleza normativa a la seguridad.

seguridad, puesto que puede temer de un modo razonable por su vida¹²³¹. Desde esta perspectiva, pues, se explican las agresiones constitutivas de amenazas de manera autónoma¹²³², sin tener que recurrir a la idea de peligro de lesión futura de bienes jurídicos individuales.

Así, en el ámbito que nos ocupa, el aspecto comunicativo del comportamiento consistente en entrenarse puede ser lo suficientemente serio como para que, pese a no dirigirse la amenaza contra individuos concretos, sea legítimo su castigo. Que alguien sea sorprendido en un campo de entrenamiento promovido por una organización terrorista y respecto al que se tiene noticia que han pasado la mayoría de sus miembros activos, es una conducta idónea para afectar a la seguridad general de una sociedad. Ahora bien, de este modo, para que sea típico, dicho entrenamiento tiene que revestir una importancia tal que pueda suplir la falta de individualización de la víctima específica de la amenaza.

En consecuencia, sólo es legítimo castigar desde esta perspectiva a aquellos sujetos que estén recibiendo entrenamiento militar por parte de una organización terrorista. Por ejemplo, a las personas que sean detenidas en un campo de entrenamiento en el norte de África dirigido por una banda armada, en el que se enseña el uso de armas, explosivos, etc. En cambio, no podrá castigarse a quienes estén aprendiendo tácticas por ellos mismos, así como a los sujetos que se estén entrenando para realizar actividades genéricas de soporte a una organización terrorista (por ejemplo, vigilar a personas sin ser detectados para reunir información sobre sus movimientos).

B) La pertenencia y colaboración ideológicas: supuestos de atipicidad

a) La pertenencia ideológica. Especial consideración a las estructuras del entorno de ETA, KAS-EKIN-EGIN y Gestoras Pro-Amnistía.

De todo lo dicho en el apartado anterior, se desprende que pertenecer a organización criminal significa algo más que estar de acuerdo con los

¹²³¹ Por tanto, a mi juicio, la seguridad que se protege mediante los delitos de amenazas no es ni cognitiva, ni normativa, sino un bien jurídico personal en sí mismo, igual que lo son la vida, la integridad, la libertad o la libertad sexual.

¹²³² Cfr. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 68.

postulados del grupo armado, esto es, abrazar su ideario¹²³³. Así, no es punible la integración simplemente formal¹²³⁴, es decir, la mera adhesión ideológica al sistema que representa la organización terrorista no es suficiente como título de imputación en el delito de pertenencia a banda armada¹²³⁵. Por el contrario, es necesario que se preste algún tipo de soporte material o logístico, ya sea a través de hechos, de ideas o de experiencias. Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ¹²³⁶, el acto delictivo concreto “debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotación de medios, hombres y estructuras, para obtener su objetivo de comisión de los delitos concretos de que se trate”. Desde esta concepción, pues, es necesario que se realicen **conductas** que contribuyan a las actividades delictivas de la banda armada para la atribución de responsabilidad¹²³⁷, por lo que un perteneciente a efectos penales tiene que ser un miembro activo de la organización¹²³⁸.

¹²³³ Así, la teoría de la anticipación como vía para legitimar las diferentes figuras de colaboración con una banda armada no implica la punición de los pensamientos (como es sabido, ésta es una de las críticas que se realizan a la teoría de la anticipación delictiva: “quien ... pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos”; cfr. CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 16, texto y nota 42); y tampoco responde a la evitación fáctica de futuros delitos, esto es, no se sitúa en el plano de la prevención fáctico-policial (así, CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, pp. 23-24).

¹²³⁴ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 137, afirma que “no cabe una mera integración formal, una adhesión ideal sin intervención en las tareas objetivas de la organización”. Ahora bien, desde esta perspectiva no se acaba de entender, entonces, porque el acto de adhesión que caracteriza a la pertenencia no exige una contribución concreta como sí sucede en el delito de colaboración (cfr. la p. 198 cuando afirma: si en la pertenencia “se trata de un acto de adhesión materializado a la organización, en las infracciones de colaboración, se trata de algo *menos*: de la aportación de algún elemento funcional para el funcionamiento de la estructura terrorista. Esta menor entidad del compromiso, por así decirlo, se compensa por la **exigencia de una contribución concreta**”, negrita añadida).

¹²³⁵ Así, SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.076 ss., con ulteriores referencias. Tampoco considera lícito castigar la pertenencia psicosocial a un grupo (esto es, por razones sociológicas y psicológicas) como forma de integración con banda armada PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 3. Y, en la jurisprudencia, la STS de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García) establece que la mera simpatía ideológica “no puede constituir la continuación en el delito de pertenencia a banda armada”.

¹²³⁶ SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.077-1.078.

¹²³⁷ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 158, pone de relieve que el “simpatizante” no puede realizar el tipo de la colaboración, “en tanto no lleve a cabo ‘actos’ que ‘favorezcan’ de modo relevante a la asociación terrorista o a su actividad criminal”; y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 251.

¹²³⁸ Como indica CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización”, p. 33, en una organización criminal “no se ingresa rellenando un formulario y pagando la primera

Por tanto, como ya se ha indicado¹²³⁹, en este trabajo se descarta un modelo de la transferencia puro a la hora de justificar la sanción penal de los miembros (y colaboradores), que permitiría la tipificación de la mera pertenencia formal-ideológica¹²⁴⁰. Aceptar que es suficiente para integrar el delito de pertenencia a banda armada una declaración o una actitud que ponga de relieve que en el fuero interno se mantiene o se abraza un ideario criminal plantea los siguientes problemas: cuestiona los fundamentos de un Estado democrático, ya que castiga las meras ideas¹²⁴¹; así, es ilegítimo desde los postulados de un Derecho Penal liberal, que basa su castigo en el injusto del hecho cometido¹²⁴²; y, en última instancia, nos sitúa en la órbita del Derecho Penal de autor¹²⁴³. Por tanto, la categoría del mero afiliado no puede castigarse legítimamente, sino que el miembro tiene que ser activo¹²⁴⁴.

cuota”, a diferencia de lo que ocurre “en una asociación de criadores de hámsters”. En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 2, considera que no es suficiente para ser miembro de una organización delictiva “estar afiliado, manifestar la adhesión, pagar una cuota o participar en alguna reunión”.

¹²³⁹ Véase *supra* 2^a.II.1.

¹²⁴⁰ Sin embargo, según indica SILVA SÁNCHEZ, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención?’”, pp. 1.088-1.089, en la práctica “no existe un ‘modelo de transferencia’ puro, sino que se encuentra matizado por la exigencia de algún género de intervención activa”.

¹²⁴¹ Como afirma FERRACUTI, en *Terrorismo Internacional*, p. 172, el aspecto que rechazamos del terrorismo es solamente el uso de la violencia, por lo que “en una democracia occidental, no son las ideas en sí (...), sino el hecho de que alguien usa la violencia para imponerlas a los demás”, lo que debe censurarse.

¹²⁴² En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 3, considera ilícito el castigo de la pertenencia ideológica, puesto que no resulta “compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, ya que castiga (desproporcionadamente) al individuo por lo que es (se siente y es reconocido como miembro de un grupo), no por lo que ha hecho (cuánto ha contribuido efectivamente a los delitos cometidos por el grupo), que debe ser lo relevante a la hora de atribuir sanciones”.

¹²⁴³ De otra opinión, PASTOR MUÑOZ, “El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal?”, pp. 533-534; LA MISMA, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 62 ss. A su juicio, el acto de comunicación de la peligrosidad subjetiva del autor, consistente en hacerse miembro de una organización criminal, “constituye una verdadera perturbación social y la pena es una respuesta a ese acto de comunicación, no a la peligrosidad subjetiva cuya existencia se comunica”. Sin embargo, hay que indicar que dicha autora no describe exactamente en que debe consistir dicho acto de comunicación: si éste tiene que ser material; si basta la mera declaración de voluntad a cometer delitos; o, incluso, si es suficiente la adhesión ideológica.

¹²⁴⁴ Hay que poner de relieve que el art. 516 CP castiga a los integrantes de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, mientras que el art. 517 CP se refiere a los miembros **activos** de las asociaciones ilícitas previstas en los demás apartados. De esta regulación, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 801, infiere que nuestra ley castiga tanto a los “miembros ‘activos’ como [a] los socios pasivos” de cualquier banda

Sin embargo, hay que indicar que en la práctica reciente de nuestros tribunales (especialmente, de la Audiencia Nacional) se sigue, *de facto*, una concepción muy formal del delito de pertenencia, sobre todo en los supuestos de gran trascendencia en la opinión pública. Así, un claro ejemplo de esta concepción lo constituye la SAN de 8 de noviembre de 2006 (ponente Echarri Casi), “caso De Juana Chaos”¹²⁴⁵.

Como es sabido, mientras se hallaba cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Algeciras por numerosas acciones cometidas como miembro activo de la organización terrorista ETA, Iñaki De Juana Chaos remitió al *Diario Gara* dos cartas. La primera se titulaba “El Escudo” y apareció publicada el 1 de diciembre de 2004. En ella, dejaba muy clara su ideología separatista frente al Estado español, al que denominaba enemigo y fascista. En palabras de la propia Sentencia, “mantenía el ideario de la banda terrorista ETA”¹²⁴⁶. La segunda, bajo el título “Gallizo”, se publicó el 30 de diciembre de 2004. En esta misiva, De Juana citaba ejemplos de concretos

armada u organización terrorista (en el mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 231). Sin embargo, también con base en un interpretación sistemática entre ambos preceptos, PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 2, llega a la solución contraria. A su juicio, “los términos integrante y miembro activo han de ser interpretados de manera uniforme”, puesto que la diferencia material entre ambos preceptos estriba únicamente en la pena. Además, el canon histórico también permite una interpretación distinta. La categoría del mero afiliado tipificada en la Ley 23/1976, de 19 de julio, se suprimió de nuestro ordenamiento jurídico de la mano de la reforma introducida por la LO 4/1980, de 21 de mayo (cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 143). Por su parte, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 181, aunque también alude a la diferente redacción de los arts. 516 y 517 CP, llega a la misma conclusión mediante un argumento teleológico: no puede haber pertenencia sin actividad “desde la perspectiva de un modelo que tenga en cuenta la dimensión política de la proyección estratégica”.

¹²⁴⁵ Sobre este caso, véase GARCÍA DEL BLANCO, “Delitos de terrorismo, cumplimiento de pena y separación de poderes”, *passim*; y LLOBET ANGLÍ, “¿El fin justifica los medios?”.

¹²⁴⁶ Además, mencionaba al entonces Juez Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional, Javier Gómez Bermúdez, a quien hacía responsable de los retrasos surgidos en su excarcelación, pese a que técnicamente había terminado de cumplir condena. La segunda, bajo el título “Gallizo”, se publicó el 30 de diciembre de 2004. En esta epístola, De Juana citaba ejemplos de concretos funcionarios de prisiones para poner de relieve que la nueva política penitenciaria del Gobierno de Zapatero, empezando por el nombramiento de la señora Mercedes Gallizo como directora general de Instituciones Penitenciarias, consistía “en recuperar o promocionar a los personajes de más triste recuerdo para los presos en general y para el Colectivo de presos políticos vascos en particular”.

funcionarios de prisiones para poner de relieve que la nueva política penitenciaria del Gobierno de Zapatero, empezando por el nombramiento de la señora Mercedes Gallizo como directora general de Instituciones Penitenciarias, consistía “en recuperar o promocionar a los personajes de más triste recuerdo para los presos en general y para el Colectivo de presos políticos vascos en particular”.

Por estos hechos, la Audiencia Nacional consideró que De Juana pertenecía a la citada banda armada, aunque también reconoció que es difícil que una persona privada de libertad, y “bajo la tutela directa de las Instituciones del Estado, mantenga una vinculación o disposición tal con la banda terrorista que le permita la realización de actos concretos”¹²⁴⁷. Por ello, fundamentó tal integración con base en “su adhesión a una ideología patógena” y en que “en su fuero interno [se] contin[uaba] sintiendo partícipe y vinculado” a ETA¹²⁴⁸.

Ciertamente, hay que indicar que el Tribunal Supremo casó dicha resolución, y en su Sentencia de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García)¹²⁴⁹ declara que la mera simpatía ideológica “no

¹²⁴⁷ La Sentencia dice textualmente: “resulta realmente complicado que una persona que se encuentra en situación de prisión, y por tanto, bajo la tutela directa de las Instituciones del Estado, mantenga una vinculación o disposición tal con la banda terrorista que le permita la realización de actos concretos, **más allá de su propia adhesión a una ideología patógena** sustentada en una actividad terrorista y a los postulados por aquella sostenidos”. Es decir, el hecho de autodenominarse preso “político vasco” y de referirse al “M.L.N.V”, ponen de manifiesto “que el imputado sigue compartiendo los postulados de la banda terrorista, e incluso que **en su fuero interno [se] continúa sintiendo partícipe o vinculado a ella**” (negrita añadida). De este modo, de la Sentencia se desprende la vuelta a un Derecho Penal de autor, aunque la propia Audiencia Nacional afirma que no es así. Es cierto que De Juana Chaos no es condenado por pertenencia. Sin embargo, en mi opinión, el castigo por el delito terrorista de amenazas se fundamenta, en realidad, en lo que el acusado ha sido y en lo que es, y no en sus actos concretos. La calidad del sujeto activo, esto es, el hecho de que De Juana haya sido un activo miembro de ETA, “condenado por numerosas acciones terroristas que “en ningún momento ha mostrado ni arrepentimiento ni intención de resocialización alguna” (esta referencia a quién es y a quién ha sido el sujeto activo está presente en toda la Sentencia) constituye la razón de ser de la condena, puesto que en su conducta no había peligrosidad objetiva alguna.

¹²⁴⁸ Sin embargo, hay que poner de relieve que la Audiencia Nacional no le castigó en virtud del art. 516 CP, para no vulnerar el principio *non bis in idem* (véase LLOBET ANGLI, “¿El fin justifica los medios?”). De hecho, la calificación como terrorista sirvió para que dicho Tribunal condenase a De Juana por un delito terrorista de amenazas del art. 572.1.3ª CP. Muy críticos con esta Sentencia, DE LA CUADRA, “De Juana y los jueces”; y ASÚA BATARRITA, “El dilema de Juana”.

¹²⁴⁹ La Sala Segunda, estimando en parte el recurso de Iñaki De Juana Chaos, le rebajó la pena impuesta de 12 años y 7 meses a 3 años de prisión. A su juicio, algunas de las

puede constituir la continuación en el delito de pertenencia a banda armada”. No obstante, castiga a De Juana por amenazas a un colectivo (art. 170.1 CP) y por enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), lo que también presenta muchas dudas de legitimidad¹²⁵⁰. Al fin y al cabo, como indica el magistrado Andrés Ibáñez en su voto particular a esta resolución, tal condena se basa en la expresión de “un planteamiento ideológico, que no pierde tal carácter por el hecho de ser aberrante”.

Del mismo modo, los grupos que presten un mero respaldo político o mediático a una banda armada terrorista no pueden ser tildados ni de organización terrorista, ni tampoco de asociación ilícita, en general, por mucho que compartan sus fines o su ideología –aunque, ciertamente, tales afirmaciones no implican que deban participar en la vida política¹²⁵¹-. Así, respecto al aparato político, internacional y mediático de ETA dirigido por la estructura KAS-EKIN, los hechos probados de la SAN de 19 de diciembre de 2007 (ponente Murillo Bordallo)¹²⁵², la cual declara a esta estructura organización terrorista, narran dos tipos de vinculación entre ésta y ETA, la naturaleza de las cuales es muy distinta: por un lado, se afirma que las actividades desarrolladas por dicho grupo tenían la pretensión de cooperar con los **fines** del frente militar de la organización terrorista; por el otro, en cambio, también se establece que suministraba información sobre potenciales objetivos de la “*organización armada*” de ETA y facilitaba ayuda económica a sus miembros liberados¹²⁵³.

Por tanto, puesto que la primera actividad es perfectamente lícita, para calificar a KAS-EKIN como grupo terrorista y condenar a sus miembros

declaraciones vertidas por dicho sujeto en los mencionados artículos periodísticos eran constitutivas de un delito de amenazas (no terroristas) tipificado en el art. 170.1 CP en relación con el art. 169.2 CP (amenazas no condicionales) en concurso ideal con un delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo descrito en el art. 578 CP.

¹²⁵⁰ Véase CUERDA-ARNAU, “El nuevo delito político”, pp. 111 ss.; y LLOBET ANGLÍ, “¿El fin justifica los medios?”.

¹²⁵¹ En España, véase la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la STS de 27 de marzo de 2003, que ilegaliza Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. Analiza esta Ley HERRERO-TEJEDOR ALGAR, “La ilegalización de partidos políticos del entorno terrorista”, pp. 199 ss.

¹²⁵² Es muy crítico con esta resolución PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, *passim*, pp. 1 ss. A su juicio, dicha Sentencia no considera “ni problemas de constitucionalidad, ni argumentos de lesividad, ni consideraciones político-criminales, ni discusión acerca del espacio del delito de colaboración con banda armada, en relación con el resto de los delitos, o de los límites de la participación en el delito”.

¹²⁵³ Según la Audiencia Nacional, KAS-EKIN es parte de ETA, “subordinada al brazo **político** y **armado** de la organización” (negrita añadida).

y cooperadores ocasionales habría que probar su aportación material consistente, por ejemplo, en la facilitación de datos y dinero a una banda armada o en el blanqueo de su capital. Es decir, cuando una asociación realiza tanto actividades legales como ilegales sólo puede condenarse a los sujetos que colaboraron con esa “rama” ilícita a través de hechos concretos, pero no a quienes ayudaron en el plano ideológico o político¹²⁵⁴ (a través de la propaganda, por ejemplo), ni, menos todavía, a aquéllos que desempeñaron una conducta neutral¹²⁵⁵ dentro de tales organizaciones: publicaron un reportaje de investigación, informaron en virtud de la condición de abogado, etc.¹²⁵⁶. Sin embargo, la mayoría de personas halladas culpables por tal Sentencia lo son simplemente porque sus “conductas iban directamente encaminadas a coadyuvar a los **finés** del brazo armado” de ETA, lo que, a mi juicio, es ilegítimo¹²⁵⁷.

Del mismo modo, al Diario *Egin*, que constituía el frente mediático de ETA, la Audiencia Nacional (también en su ya mencionada Sentencia de 19 de diciembre de 2007) le atribuye dos tipos de conductas: por un lado, en el plano mediático e ideológico afirma que realizaba una labor de propaganda de los fines perseguidos por ETA, así como que publicaba los comunicados de la banda armada, y propugnaba una línea de pensamiento acorde a los fines independentistas; por el otro, establece que facilitaba la ocultación de terroristas¹²⁵⁸. Por tanto, habría que diferenciar, de nuevo, entre ambas clases de aportaciones¹²⁵⁹. Sin

¹²⁵⁴ Como indica PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 4, “una conducta que en principio resultaría penalmente atípica no puede volverse típica únicamente por el hecho de que contribuya causalmente a los objetivos de una banda armada”.

¹²⁵⁵ Sobre esta cuestión, cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 292 ss.

¹²⁵⁶ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 5.

¹²⁵⁷ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 5, pone de relieve que dicha resolución carece del “nivel de detalle y de profundidad que debería poseer la motivación de los hechos probados en una sentencia penal condenatoria, para que se puedan considerar satisfechas las garantías que a este respecto se derivan del derecho a un juicio justo”.

¹²⁵⁸ La Sentencia establece que el citado diario “avisaba públicamente de la puesta en marcha de operaciones policiales dirigidas contra ETA o sus grupos de apoyo permitiendo así conocer al resto de colaboradores dicha circunstancia y con ello eludir la acción policial. La publicación de este tipo de informaciones de aviso, (...) era posible porque en la redacción se disponía de capacidad para la interceptación de las radiofrecuencias de los diversos órganos de seguridad. Además se recopilaban e informaban sobre los movimientos de vehículos y dotaciones policiales, controles, etc.”.

¹²⁵⁹ En este sentido, como indica GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, p.66, a propósito del cierre del diario *Egin* en 1998, la responsabilidad penal de quienes redactaron y

embargo, finalmente se castiga a las personas relacionadas con dicho frente mediático por su “colaboración con los **propósitos** de la organización terrorista” ETA, sin realizar ninguna distinción ulterior.

Por último, lo mismo ocurre respecto a la caracterización como organización terrorista de Gestoras Pro-Amnistía (SAN de 15 de septiembre de 2008, ponente Palacios Criado). De nuevo, dicha resolución describe dos clases de actividad de tal grupo: por un lado, la de realizar tareas de enlace entre ETA y sus presos, y transmitir un mensaje público sobre la realidad de este colectivo (que a juicio de la Sentencia es inveraz y pretende captar nuevos adeptos a la causa); y, por el otro lado, la consistente en distribuir “bajo el título ‘controles’, la relación de la ubicación de Policías, Guardias Civiles y miembros del Ejército donde realizan su trabajo, para que sean esquivados o se alerte de su presencia”. Así, únicamente esta última labor descrita es subsumible en el acto de colaboración equivalente a la ocultación de personas del art. 576 CP. Por el contrario, los actos de soporte y ayuda a los presos no constituyen ninguna actividad que favorezca la comisión de delitos por parte de ETA¹²⁶⁰. Sin embargo, la citada resolución no determina si las actividades de los condenados –por pertenencia a organización terrorista- estaban relacionadas con dicho acto de colaboración. Pese a ello, impone penas de 8 años de prisión a sus miembros y de 10 años a sus dirigentes por realizar, en palabras de la propia Sentencia, “actividades en pro de los **finés** subversivos” de ETA¹²⁶¹.

Así, por ejemplo, el Tribunal considera que el procesado Iñaki L. A. es autor de un delito de integración en una organización terrorista del art. 516.2 CP a partir de la siguiente base probatoria: “En su domicilio se encuentra en soporte informático un documento titulado ‘Askatasuna’ que contiene la caracterización para el futuro (anexo 11) y en otro intervenido asimismo en su domicilio, en el que se afirma: ‘Reivindicar el carácter político de los represaliados siendo altavoz de sus necesidades e intereses’ y ‘gestionar y aumentar la solidaridad y asistencia hacia los represaliados políticos’. En observación telefónica de 23 de octubre de 2002, con su interlocutor habla de explicar ‘la situación de los presos

publicaron artículos en los que se colaboraba con las actividades criminales de ETA no les es imputable a aquéllos que en otras secciones escribían sobre cuestiones distintas.

¹²⁶⁰ Como mucho, si se llegan a convocar y organizar actos para homenajear a los miembros de ETA, tales conductas son, de *lege lata*, subsumibles en el art. 578 CP (véase *infra* 3^a.IV).

¹²⁶¹ Negrita añadida.

políticos vascos”, lo cual iba a hacer el domingo siguiente en unas declaraciones a la prensa (cinta nº 1, cara A, pasos 493 a 513).

En varias conversaciones telefónicas de 27 de diciembre de 2002, contacta con Telefónica por el problema de no tener línea en los números de teléfono 94.333.59.00 y 94.333.30.61, de titularidad de Gestoras Pro-Amnistía (cinta nº 7, cara A, pasos 57 a 113), para ser utilizados por Askatasuna”.

Asimismo, si quien colabora con una asociación de carácter “bipolar” es, a su vez, otra organización hay que determinar a qué sector de actividad – la terrorista o la legal- le presta su ayuda. Así, por ejemplo, si se prueba que HB, más allá de realizar una función política¹²⁶², cooperó **materialmente** con ETA -cuestión ya de por sí dudosa puesto que no consta probada en ninguna resolución esta clase de aportación¹²⁶³-, únicamente puede castigarse a los miembros de otro grupo que colaboren con dicha actividad ilegal. De este modo, por ejemplo, sólo es posible condenar a los integrantes de ANV como pertenecientes a una organización terrorista en tanto en cuanto cooperen, a sabiendas, con las acciones de HB tendentes, a su vez, a ayudar materialmente a ETA.

Ciertamente, según el AJCI de 5 de febrero de 2008, que declara imputados a representantes de ANV por integración en organización terrorista, así como por colaboración con banda armada, ANV presta ayuda a HB a través de financiación. No obstante, el primer grupo sólo puede ser tildado de terrorista si colabora con la parte ilegal de HB, lo que tampoco aparece probado en dicha resolución.

¹²⁶² Como establece el AJCI de 26 de agosto de 2002 HB es creada para “materializar políticamente los planteamientos y proyectos independentistas y alegales que ETA no puede afrontar como organización clandestina” (sobre este Auto, así como del resto de resoluciones en el marco del sumario 35/2002, en relación con HB, EH y Batasuna, cfr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, pp. 210 ss.).

¹²⁶³ Cfr. el AJCI de 26 de agosto de 2002, que suspende la actividad de HB; el AJCI de 16 de octubre de 2002, que ordena a la Unidad Central de Investigación y al Servicio de Información de la Guardia Civil la práctica de toda una serie de actos de investigación, con el fin de averiguar si existe base probatoria suficiente para poder sustentar una acusación contra el entramado de ETA (véanse FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 212); la STS de 27 de marzo de 2003 (ponente Hernando Santiago), que declara ilegal a dicha asociación política; el AJCI de 25 de enero de 2005, ampliado el 28 de febrero y el 2 de junio, que declara procesadas a cuarenta y una personas pertenecientes a la Mesa Nacional de Batasuna, por el delito de integración en banda terrorista; y AJCI de 7 de octubre de 2007 por el que se decreta prisión provisional para los miembros de la nueva Mesa Nacional de Batasuna. De este modo, por ejemplo, en el AJCI de 26 de agosto de 2002 consta que ETA financió a HB hasta 1992, pero no a la inversa, así como la doble militancia de alguno de sus miembros.

Por tanto, puede afirmarse que los tribunales españoles no realizan ninguna distinción entre las actividades legales e ilegales de los grupos del entorno de ETA. Por el contrario, consideran que HB y ETA conforman una única organización terrorista¹²⁶⁴, por lo que toda ayuda, individual o colectiva (y a las actividades o finalidades), desde fuera se refuta, también, terrorista. Así, ciertamente, como indica FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ¹²⁶⁵, “todas las organizaciones constitutivas del MLNV pueden ser configuradas como organizaciones terroristas por ser consideradas ‘grupos de ETA’”.

b) Las diferencias entre las actividades y las finalidades de las bandas armadas u organizaciones terroristas en el delito de colaboración con banda armada: el respaldo político, moral o ideológico

Según la dicción literal del art. 576 CP, los actos de colaboración no sólo pueden vincularse con las actividades de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, sino también con sus finalidades. Ahora bien, como ya se ha indicado, mientras los actos de colaboración con las actividades de tales asociaciones ilícitas consisten en prestarle apoyo material para la ejecución de delitos-fin, las conductas relativas a colaborar con sus finalidades se mueven en otro ámbito, a saber, el “respaldo político”¹²⁶⁶ o ideológico.

En este sentido, la SAN de 20 de octubre de 2001 (ponente Ollero Butler) establece que “mientras los fines están vinculados con las metas perseguidas por la organización delictiva, las actividades, por el contrario, son todas las acciones que sirven al mantenimiento de la organización como tal, es decir, como soporte orgánico de los fines”.

¹²⁶⁴ Véase el AJCI de 26 de agosto de 2002 que establece que HB es un partido político integrado en el complejo terrorista dirigido por ETA.

¹²⁶⁵ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 27.

¹²⁶⁶ CANCIO MELIÁ, “Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo”, p. 25; EL MISMO, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 215.

De este modo, su punición plantea problemas de legitimidad¹²⁶⁷, pues se castiga a sujetos que sin mantener contacto “físico” con la organización terrorista apoyan sus fines¹²⁶⁸. Por esta razón, la doctrina prácticamente unánime considera que la colaboración con las finalidades de una banda armada consistente en prestarle apoyo ideológico o moral o “respaldo político” es atípica a la luz del art. 576 CP¹²⁶⁹. Es decir, no puede castigarse al mero simpatizante con base en este precepto¹²⁷⁰, puesto que de lo contrario se limitarían derechos fundamentales esenciales en un Estado democrático –como las libertades de expresión, de reunión, de asociación, de participación política, etc.-¹²⁷¹, sin concurrir una conducta

¹²⁶⁷ Como indica ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 252, el apoyo moral o político aportados a un grupo terrorista “permanecen en el terreno legítimo de la diversidad ideológica de un sistema democrático. Terreno que se abandona en el momento que se convierte en patrocinio de ayuda material ologística par ala realización de las actividades terroristas”.

¹²⁶⁸ En este sentido, SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 192, considera que, respecto al favorecimiento de fines, hay que evitar “una interpretación extensiva que haría punible la mera coincidencia ideológica con los objetivos de la organización”. Por ello, concluye que los actos de colaboración con los fines han de referirse al fin inmediato, esto es, a la comisión de delitos. Sin embargo, pese a que estoy de acuerdo con esta solución, tal interpretación implica que se colabora con la actividad de la organización, no con su finalidad. En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 254.

¹²⁶⁹ En este sentido, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 61; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.621, opina que “el delito de colaboración se comete mediante ‘actos’ constitutivos de aportaciones materiales, lo que excluye el apoyo ideológico o moral”; LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 692, considera que en los actos de colaboración material debe excluirse “el mero apoyo o respaldo moral o ideológico” (también en LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. III; y, ya antes, en *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 254-255); MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 908, cuando afirma que la colaboración debe “favorecer materialmente, y no sólo ideológicamente, estas actividades. No es punible el mero apoyo o respaldo moral, sino que se precisa una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización”; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, “Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho”, p. 82; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 89, cree que la colaboración referida a los fines no es típica sino se refiere también a los medios delictivos que se utilizan. En cambio, CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1.391, considera que caben en el tenor literal de este artículo conductas como “manifestar determinada aspiración política que coincide con las ‘finalidades’ de la organización”, aunque opina que “no pueden ser constitutivas de infracción criminal en nuestro Derecho”. Por tanto, llega a la misma conclusión: la no posibilidad de castigar estas conductas, pero desde el plano de *lege ferenda* y no de *lege lata*.

¹²⁷⁰ Así, ARROYO ZAPATERO, “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo”, p. 411; y CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 215.

¹²⁷¹ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 4.

lo suficientemente lesiva para justificarlo¹²⁷²: en tales supuestos, no se realiza ninguna aportación que, en el seno de la organización, favorezca la ejecución de delitos-fin.

Es más, tal solución no es sólo la correcta a partir de los principios de un Derecho Penal liberal, sino que hay tres argumentos de carácter literal que abonan por esta postura. En primer lugar, en el apartado 1º del art. 576 CP, el legislador castiga al “*que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las **finalidades** de una banda armada, organización o grupo terrorista*”. Sin embargo, su apartado 2º establece el listado de los actos que deben ser considerados como actos de colaboración y los configura en sentido físico-material, de manera que se vacía de contenido la modalidad de colaboración con las finalidades de una organización terrorista¹²⁷³.

En segundo lugar, la cláusula genérica “*cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género*” del art. 576.2º CP, se refiere únicamente a las actividades de las citadas bandas armadas o grupos terroristas, sin hacer mención a los fines¹²⁷⁴.

Por último, a diferencia del art. 174 bis a).2 CP⁷³, el art. 576 del actual Código Penal establece que esta otra forma de ayuda, cooperación o

¹²⁷² Sobre esta cuestión, véase, con más detalle, *infra* 3ª. IV, al tratar los límites de la punición de la apología del terrorismo.

¹²⁷³ Como afirma GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.621, “el denominador común de los actos de colaboración enumerados (...), es la aportación de medios materiales (locales, alojamientos, etc.), logísticos (información, vigilancia) o personales (ocultación, traslado, entrenamiento), destinados al desarrollo de la actividad terrorista”. En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada”, aptdo. III, considera que “el favorecimiento típico se caracteriza por su idoneidad objetiva de aportación logística para que otros –vinculados a la ‘organización’ terrorista- materialicen sus decisiones criminales”; y BILBAO UBILLOS, “La excarcelación tenía un precio”, *passim*, p. 304, quien cree que las acciones tipificadas en el art. 576 prevén “hipótesis de auxilio material y personal a las organizaciones armadas”, y p. 306. Por su parte, la STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar) establece que la esencia del art. 576 CP la constituye “poner a disposición de la organización, conociendo sus métodos, informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo”.

¹²⁷⁴ ASÚA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada”, aptdo. III, afirma que “la cláusula referida a ‘cualquier otra forma de cooperación, mediación, ayuda económica o de cualquier otro género’ no suscitaba dudas en cuanto a la exclusión de su ámbito de supuestos de favorecimiento ideológico, encuadrables en las previsiones relativas a delitos de opinión –en la época preconstitucional- o al delito de apología”.

mediación tiene que ser *equivalente*¹²⁷⁵ a las expresamente descritas. Por tanto, sólo existirá tal equivalencia cuando se presten medios materiales, logísticos o personales destinados al desarrollo de la actividad terrorista¹²⁷⁶.

En consecuencia, el término “finalidad” que aparece en este precepto ha de entenderse en el sentido siguiente: quien colabora con la actividad delictiva de una organización terrorista también ayuda a los fines que ésta persigue, esto es, la creación de un estado de miedo colectivo¹²⁷⁷ y la subversión del orden democrático mediante la instrumentalización de las personas¹²⁷⁸. Así, la ayuda a esa finalidad es siempre a través de la colaboración con la actividad, pero nunca directa y autónomamente.

Sin embargo, el AAN de 8 de febrero de 2001 (ponente López Ortega), por ejemplo, considera que constituye un acto de colaboración con banda armada el desarrollo de “actividades que favorezcan los fines que persigue la organización terrorista, como repartir propaganda política de la organización”¹²⁷⁹.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de noviembre de 1997, ponente García-Calvo y Montiel)¹²⁸⁰ condenó a los miembros de

¹²⁷⁵ El diccionario de la Real Academia Española define “equivaler” como “dicho de una cosa: ser igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia”.

¹²⁷⁶ En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 270; y JIMÉNEZ VILLAREJO, “Dos breves apuntes acerca de la STC ‘caso mesa HB’”, pp. 5-6.

¹²⁷⁷ Sobre esta cuestión, véase GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.619.

¹²⁷⁸ De otra opinión, PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 4, considera que puede admitirse un delito de colaboración con las finalidades de una banda armada si, “primero, la acción realizada es una que por sí misma revista carácter delictivo”; segundo, “si es llevada a cabo por individuos de manera organizada”; tercero, si “es realizada por acuerdo con la banda”; y, por último, si dicha acción delictiva constituye “una contribución relevante a la obtención de dichas finalidades”.

¹²⁷⁹ No obstante, también hay que indicar que, en ocasiones, los tribunales propugnan lo contrario cuando tal afirmación no tiene efectos en el fallo condenatorio. Así, la STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar) establece que lo que se sanciona en el art. 576 CP “no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones”.

¹²⁸⁰ Cfr. las siguientes referencias y los comentarios a esta Sentencia: ÁLVAREZ GARCÍA, “Principio de proporcionalidad”, *passim*; ASÚA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada”, *passim*; BILBAO UBILLOS, “La excarcelación tenía un precio”, *passim*; CUERDA-ARNAU, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión”, pp. 36 ss.; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, pp. 210 ss.;

la Mesa Nacional de HB por ceder a ETA los espacios de propaganda electoral que como formación política les correspondían. En concreto, la Sala Segunda basó tal castigo en que a través de la conducta consistente en “propiciar, sostener y participar en la difusión de la propuesta audiovisual (...) mediante una cesión electoral exclusiva”, los miembros de HB habían **asumido la metodología terrorista como medio de implantación de reivindicaciones políticas**.

Sin embargo, esta ayuda no constituye un acto de colaboración típico con las actividades de una organización¹²⁸¹, sino un mero respaldo moral o ideológico a sus fines¹²⁸². De nuevo, hay que indicar que lo esencial para castigar –legítimamente–, en virtud de este delito, no es la asunción de la metodología terrorista sino la aportación material a dicha metodología¹²⁸³. Así, cualquier modalidad de colaboración con banda armada requiere la existencia de actos concretos y positivos de cooperación, más allá de la predisposición a colaborar o de la adhesión ideológica.

“GALIARDO LÓPEZ, “Consideraciones en torno a la Sentencia T.S. 2/1997”, *passim*, y GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, pp. 62 ss.

¹²⁸¹ En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada”, aptdo. I, opina que “la consideración como actos típicos del delito de ‘colaboración’ de lo que es una propaganda de la estrategia de ETA, constituye una interpretación extensiva que desborda el ámbito de prohibición específico” del delito de colaboración con banda armada; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 158, para quien tal conducta es atípica, puesto que “entra en el ejercicio de la difusión de ideas políticas”; y GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, pp. 64-65, cuando afirma que “no puede haber lesión donde no hay peligro que se pueda concretar en aquella, y si no hay peligro, y por definición, tampoco puede haber colaboración con banda armada” (véanse, también, CUERDA-ARNAU, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión”, pp. 38-39; y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Apología del terrorismo”, p. 569 ss.). En cambio, consideran que la calificación como colaboración, en este caso, poseía el suficiente fundamento, GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.622; y RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 71.

¹²⁸² Las conductas de colaboración ideológica o moral –en lo que aquí interesa la asunción y promoción de la metodología terrorista– podrán sancionarse, en su caso, en virtud del art. 578 CP (en el mismo sentido, BILBAO UBILLOS, “La excarcelación tenía un precio”, p. 289; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, pp. 196-197; y GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, p. 65; véase *infra* 3^a.IV). Sin embargo, como pone de relieve ASÚA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada”, aptdo. II, partiendo de una interpretación sistemática del Código Penal de 1995, el cual había destipificado la apología que no constituyera provocación directa a delinquir, los discursos apologéticos no podían subsumirse en el delito de colaboración antes de la LO 7/2000. Por tanto, la Sentencia de la Sala Segunda en tal caso resucitó *contra legem* la apología del terrorismo, reprimiéndola con una pena mucho más grave (así, GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, p. 65).

¹²⁸³ Véase BILBAO UBILLOS, “La excarcelación tenía un precio”, p. 289.

c) Las diferencias entre el respaldo político, moral o ideológico a las finalidades de las bandas armadas u organizaciones terroristas y la colaboración psíquica o anímica con sus actividades

Como se acaba de indicar, el apoyo político, moral o ideológico a las finalidades de una banda es un comportamiento atípico en virtud del art. 576 CP. Un Derecho Penal garantista no puede castigar legítimamente la coincidencia de fines políticos, por mucho que existan personas o grupos que utilicen la violencia para imponerlos. Ahora bien, hay que distinguir entre esta clase de favorecimiento ideal y la colaboración anímica o psíquica con las actividades de una organización terrorista.

Ciertamente, se ha defendido que las meras promesas y manifestaciones sobre la intención de pertenecer o cooperar con una organización terrorista deben ser calificadas de atípicas¹²⁸⁴, esto es, la intención de formar parte de una organización terrorista manifestada externamente no puede subsumirse ni en el delito de pertenencia ni en el de colaboración. Ahora bien, existe una excepción: que ese compromiso contribuya psíquica o anímicamente a una intensificación de la **actividad** de la organización tendente a ejecutar delitos-fin, es decir, que tal declaración comporte que la actividad delictiva del grupo adquiera mayor intensidad (por ejemplo, que sus miembros recaben más información sobre futuras víctimas, obtengan materiales explosivos, extorsionen a empresarios para conseguir dinero, e, incluso, ejecuten algún homicidio). En este supuesto, dicha colaboración psíquica o anímica es punible en virtud del art. 576 CP, puesto que ha incrementado la peligrosidad de la banda armada en orden a la ejecución de delitos-fin.

Por ejemplo, el líder de una banda armada en horas bajas, después de pasar los últimos diez años en prisión e incomunicado, está a punto de quedar en libertad. Unos meses antes de salir de la cárcel, envía una carta a su actual dirección haciéndoles saber que en breve volverá a estar con ellos. Dicha perspectiva aporta una inyección de ánimos tal al citado grupo (piénsese, por ejemplo, en la relevancia que Osama Bin Laden tiene para *Al Qaeda*), que conlleva la intensificación de su actividad en el sentido aludido.

Por el contrario, tales declaraciones no serían subsumibles en la figura de la provocación (art. 18 CP), ya que tal acto preparatorio punible requiere

¹²⁸⁴ Véase *supra* 3^a.II.4.A.a.

que la incitación sea a una infracción determinada, según afirman doctrina¹²⁸⁵ y jurisprudencia¹²⁸⁶ unánimes.

Del mismo modo, si el influjo anímico fuera de tal calibre que llegasen a ejecutarse delitos-medio o delitos-fin como consecuencia de dichas manifestaciones, no podría castigarse a su autor por inducción, puesto que la declaración de voluntad no estaba dirigida a un ejecutor determinado ni a un delito concreto¹²⁸⁷.

No obstante, en tales supuestos, es posible plantearse la aplicación de la figura de la cooperación psíquica en el delito concreto cometido, ya que el sector doctrinal mayoritario la considera una forma de complicidad punible¹²⁸⁸. En estos casos –y sin entrar en el complejo mundo de la

¹²⁸⁵ Véase BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, pp. 256-257, que además exige la concreción de algún plan de actuación; CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, p. 57, considera que debe describirse “la acción o acciones que han de ser cometidas”; CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, p. 163, requiere que la incitación se refiera a “la comisión de un delito concreto o a la comisión de una determinada clase de delitos”; DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, p. 321, exige que la incitación sea a “un concreto y determinado hecho delictivo”, siguiendo el punto de vista de RODRÍGUEZ MOURULLO. A juicio de DEL ROSAL BLASCO, se pueden esgrimir varios argumentos a favor de esta solución: en primer lugar, el propio significado semántico del verbo “incitar”; en segundo lugar, a partir de una interpretación sistemática con las figuras de la conspiración y la proposición que también usan el verbo “ejecutar”; y, por último, porque la provocación seguida de perpetración se castiga como inducción (pp. 119-120 y 321-322); FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, p. 336, opina que “tiene que poder vislumbrarse en la manifestación una evidente, suficiente e idónea llamada a la realización de un hecho concreto, que sea un delito reconocible como tal”; REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, p. 81, considera que “no debe existir ninguna confusión sobre qué es lo que pretende el incitador. Luego, los consejos o las simples indicaciones inconcretas referidas a la comisión de un delito no son suficientes si no se desprende del contexto de la situación qué tipo de delito se pretende y en qué magnitud debe llevarse a cabo; y RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pp. 20-21, pone de relieve que la doctrina es unánime en entender que la provocación debe referirse a un delito concreto, esto es, “se tiene que poner de manifiesto la acción que los provocados han de realizar”.

¹²⁸⁶ Cfr. las siguientes Sentencias: la STS de 21 de marzo de 1986 (ponente Soto Nieto) sostiene que uno de los requisitos de la provocación es que la incitación tiene que ser a la comisión de uno o “varios delitos concretos, no bastando con la actuación estimulante vaga o generalizada en orden a delinquir”; doctrina seguida por la misma Sala Segunda en su Sentencia de 13 de noviembre de 1998 (ponente Marañón Chavarri), por las Audiencias Provinciales (SAP-Málaga de 28 de enero de 2003, ponente García Ortiz), y por los Juzgados de lo Penal (SJP-Málaga de 10 de octubre de 2002, ponente de la Hera Ruiz-Berdejo).

¹²⁸⁷ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 404-405.

¹²⁸⁸ Aunque no existe acuerdo en la doctrina sobre esta cuestión (cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 410-411, texto y nota 62), LOPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el*

causalidad en la aportación del cómplice-, la doctrina exige que el influjo psicológico tiene que reunir dos requisitos, a saber, peligrosidad y relación de riesgo entre la conducta del cooperador y el resultado delictivo¹²⁸⁹. Es decir, debe existir imputación objetiva de primer y segundo nivel: la acción de participación debe crear un riesgo típicamente relevante y el resultado ha de verse como realización del riesgo inherente a esa conducta.

Ahora bien, ¿se crea un riesgo jurídicamente desaprobado de homicidio, por ejemplo, si el líder de una organización terrorista comunica a sus miembros que tiene intención de volver a incorporarse en ella, sin más?¹²⁹⁰. En mi opinión, la respuesta a tal cuestión, relativa al ámbito de la imputación objetiva, es depende. Ciertamente, aunque en muchos supuestos puede parecer difícil construir dicha relación de riesgo, *a priori* no puede descartarse en todo caso. Así, por ejemplo, en el supuesto de una organización en la que la figura del líder es muy importante para el resto de sus miembros y cuya peligrosidad ha dependido siempre de su dirección, el anuncio de su retorno al escenario terrorista puede crear un

delito, p. 309, pone de relieve que el sector mayoritario la considera una forma de complicidad punible.

¹²⁸⁹ Cfr. LOPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, pp. 225 ss., y, en concreto, p. 311.

¹²⁹⁰ Por lo que respecta a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo siempre ha afirmado que en los actos de cooperación tienen cabida los de naturaleza psíquica, castigando, entonces, por complicidad (cfr. la STS de 17 de abril de 2001, ponente Sánchez Melgar, con ulteriores referencias, y la más reciente STS de 2 de junio de 2005, ponente Monterde Ferrer). Sin embargo, la Sala Segunda sólo acepta la complicidad psíquica en aquellos supuestos en los que la mera presencia del sujeto activo contribuye a la ejecución del delito del que está siendo testigo, al “propiciar un refuerzo psicológico para la culminación del propósito” criminal (STS de 28 de septiembre de 1989, ponente Soto Nieto, que es citada por la STS de 17 de abril de 2001). A su juicio, tal actitud supone una complicidad de doble carácter: física, en cuanto la presencia dota “de una mayor seguridad a la realización del acto criminal y psíquica, fortaleciendo la voluntad de actuar del acto principal” (STS de 28 de septiembre de 1989). Además, la STS de 17 de abril de 2001 requiere para que pueda castigarse la conducta consistente en acompañar al autor material de un delito que ésta responda “a un acuerdo previo (*pactum scaeleris*), con plena conciencia de la ilicitud del acto proyectado (*consciencia scaeleris*)” (en términos generales, según el Tribunal Supremo, la complicidad “requiere el concierto previo o por adhesión (*pactum scaeleris*), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (*consciencia scaeleris*), el denominado *animus adiuvandi* o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común”, cfr. la STS de 3 de junio de 2005, ponente Berdugo y Gómez de la Torre). No obstante, el líder del caso propuesto no está presente en el momento en que esos delitos se ejecutan, ni se concierta con nadie más ni hace referencia a ningún acto delictivo, concreto o genérico.

riesgo típicamente relevante de homicidio o de lesiones¹²⁹¹, que llegue a materializarse en un resultado concreto.

5. Límites posteriores: la materialización del riesgo en un delito concreto. Aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación

El art. 576 CP dispone que cuando el riesgo de un acto de colaboración se materialice en una infracción concreta¹²⁹², se castigará el hecho como coautoría o complicidad¹²⁹³ en aquélla¹²⁹⁴. Así, la doctrina mayoritaria¹²⁹⁵ y la jurisprudencia¹²⁹⁶ consideran que se trata de un delito residual, esto es, de segundo grado o subsidiario.

Ahora bien, si se atiende su tenor literal, puede interpretarse que este precepto sólo se refiere al acto de colaboración consistente en la información y vigilancia de personas¹²⁹⁷, puesto que el art. 576.2II CP establece textualmente lo siguiente: “cuando la información o vigilancia de personas mencionadas en el párrafo anterior ponga en **peligro** la vida, la integridad

¹²⁹¹ No obstante, a continuación deberá analizarse el tipo subjetivo, esto es, la existencia de dolo o, en su caso, de imprudencia, lo que plantea problemas sobre si dicho líder conocía o debería haber conocido el riesgo que generaba con su declaración.

¹²⁹² Sobre esta cuestión, véase la SAN de 4 de octubre de 2007 (ponente Bayarri García).

¹²⁹³ La coautoría o complicidad lo será del delito de terrorismo, no del delito común. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.049.

¹²⁹⁴ Curiosamente, pese a esta previsión expresa de la ley, para RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 71, “es admisible que un mismo acto de colaboración gracias al cual se produce, por ejemplo la muerte de una persona, sea sancionado como colaboración con banda armada y, a la vez, como participación (necesaria o complicidad, según los casos) en el delito cometido”. Y, añade: “así se produce cuando no se trata de un colaborador, sino de un miembro integrante de banda armada u organización terrorista”. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que castigar a un mismo sujeto por pertenencia a banda armada y agravar sus delitos concretos por producirse en el ámbito del terrorismo, a mi juicio, sólo es legítimo cuando se prueban distintas conductas que integran ambos tipos (véase *supra* 2^a.IV.1.B).

¹²⁹⁵ ARROYO ZAPATERO, “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo”, p. 409; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 54 y 72 ss.; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 255; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 192.

¹²⁹⁶ Véanse las SSTs de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar); de 18 de junio de 2007 (ponente Monterde Ferrer); y de 29 de noviembre de 1997 (ponente García-Calvo y Montiel).

¹²⁹⁷ En la doctrina sólo GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho Penal*, pp. 169 ss., pone de relieve esta cuestión.

*física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos*¹²⁹⁸. De este modo, una posible interpretación es que la subsidiariedad del delito de peligro abstracto respecto al de resultado únicamente se prevé cuando el seguimiento de alguien se conecta con una infracción concreta, ya a título de autoría, ya a título de participación¹²⁹⁹. En cambio, tal regulación no es aplicable, por ejemplo, al traslado de un terrorista hasta el lugar donde éste ejecuta un homicidio.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina¹³⁰⁰ y los tribunales¹³⁰¹ extienden dicha subsidiariedad a todas las conductas descritas en el citado artículo como actos de colaboración¹³⁰². De este modo, la Audiencia Nacional y la Sala Segunda aplican las normas generales de la autoría y la participación siempre que la ayuda desemboca en un delito de resultado concreto

¹²⁹⁸ Negrita añadida.

¹²⁹⁹ Así, expresamente, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.901.

¹³⁰⁰ CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 72; CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1.391; CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.048; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.901; LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 692; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 909; y SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 192. La única autora que pone de relieve que esta cláusula sólo se refiere a la información o vigilancia de personas es GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, passim*, pp. 2.617 y 2.623, aunque parece que también opina que se puede aplicar al resto de conductas (p. 2.620).

¹³⁰¹ El art. 576 CP “solamente podrá ser aplicado cuando la actividad de colaboración tenga entidad autónoma e independiente de cualquier otra modalidad delictiva a la que haya contribuido, de tal modo que este tipo penal exige que los actos que lo integren no estén causalmente conectados a la producción de un resultado delictivo concreto ya que, realizado éste y probada la conexión del favorecimiento con el delito cometido, entra la conducta en el área de la participación criminal que absorbería la colaboración en el caso de estar aquella más gravemente penada” (STS de 11 de febrero de 2000, ponente Prego de Oliver y Tolivar y SAN de 24 de junio de 1999, ponente Fernández Prado). Por tanto, “donde el tipo despliega su más intensa funcionalidad es en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada” (STS de 16 de febrero de 1999, ponente Conde-Pumpido Tourón). Véase, también, la más reciente STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar).

¹³⁰² Ahora bien, la jurisprudencia considera que sí es posible castigar en relación de concurso real un acto de colaboración genérico y un acto de colaboración vinculado con un delito concreto (cfr. la STS de 19 de mayo de 2003, ponente Saavedra Ruiz).

contra las personas o su patrimonio¹³⁰³, lo que a mi juicio es la solución correcta. De lo contrario, podría castigarse con menor pena a quien traslada a un terrorista para que cometa un atentado –por su acto de colaboración–, que a aquél que transporta al marido celoso para que mate al amante de su mujer –cooperador en un homicidio o asesinato común–.

Así, por ejemplo, no hay duda que pasar información a una banda terrorista sobre un sujeto al que la organización acaba matando constituye un acto de cooperación necesaria en el delito concreto¹³⁰⁴. No obstante, la STS de 27 de junio de 2003 (ponente Puerta Luís) también condena como cómplice de homicidio a un cooperador que condujo a dos miembros de ETA con su vehículo para que robaran y escondieran un coche, que, posteriormente, fue utilizado para matar a varias personas¹³⁰⁵.

6. Justificación e inexigibilidad de otra conducta

Finalmente, deben analizarse los casos en los que cabe la posibilidad de aplicar alguna eximente de la responsabilidad penal, bien una causa de justificación, bien una causa de inexigibilidad.

En primer lugar, existen supuestos de cooperación con una organización terrorista en cuyos autores no concurre la voluntad directa de ayudar a la banda. En concreto, pueden distinguirse tres casos, según quien sea el sujeto activo del acto de colaboración: así, un familiar, un amigo o un tercero que resulta extorsionado o amenazado para que ejecute la

¹³⁰³ Ahora bien, cuando se comete un delito económico, el beneficio pecuniario del cual se utiliza para cooperar con una banda armada terrorista, la Audiencia Nacional aprecia una relación de concurso medial entre la infracción concreta y el acto de colaboración (así, según la Sentencia de 19 de diciembre de 2007, ponente Murillo Bordallo, el delito de colaboración con organización terrorista se halla en relación de concurso ideal o medial con otros hechos delictivos, como los delitos de alzamiento de bienes, los delitos contra la Seguridad Social y el delito de falseamiento en la contabilidad de los registros fiscales, porque la colaboración se circunscribe a perpetrar esos delitos de naturaleza económica, como medio de coadyuvar con la organización terrorista.) De este modo, aunque tal solución es correcta dogmáticamente, vuelve a poner de relieve que la cláusula sin perjuicio del art. 575 CP nunca es tomada en cuenta por los tribunales (puesto que en este supuesto se podría haber aplicado respecto al delito de alzamiento de bienes; véase *supra* IV.1.C).

¹³⁰⁴ Así, la STS de 31 de marzo de 2003 (ponente Delgado García); y la SAN de 21 de marzo de 2006 (ponente Cuadra Abeti).

¹³⁰⁵ Véase, también, la STS de 23 de marzo de 2005 (ponente García Pérez) que condena en virtud del delito de homicidio, y no a través de la figura de la colaboración, a un sujeto que ayudó a escapar a los autores de tal hecho.

aportación. Estos últimos son los denominados supuestos de colaboración obligada.

En segundo lugar, también son frecuentes en la práctica los casos en los que, pese a concurrir los elementos objetivos de una causa de justificación, no concurre la voluntad o el ánimo de evitar el mal, sino que, por el contrario, el móvil del sujeto es precisamente ayudar a la banda armada a conseguir sus fines.

A) Los familiares o amigos colaboradores

En el ámbito de los familiares o amigos colaboradores puede, a su vez, diferenciarse entre dos supuestos. Así, por un lado, no es infrecuente que sujetos allegados a terroristas les den cobijo; por el otro, se plantea la cuestión de si en los casos de secuestro hay que castigar o no a las personas próximas en parentesco o amistad a la víctima, que pagan el rescate exigido por la banda armada como condición de su puesta en libertad.

Además, en este punto, también debe distinguirse entre tales familiares o amigos y el mediador (afín a la organización)¹³⁰⁶, esto es, el sujeto que interviene en la fase de negociación de las condiciones económicas impuestas por los autores del secuestro para que éstos consigan sus fines¹³⁰⁷. Aunque su papel consiste en intermediar entre los allegados de la víctima y la organización terrorista, suele hacerlo por razones económicas o ideológicas, más que para ayudar al secuestrado.

a) Los familiares-colaboradores

Establecido lo anterior, la primera cuestión a analizar es si debe o no castigarse a quienes por motivos familiares ocultan o trasladan a personas vinculadas con una organización terrorista. Como se ha indicado¹³⁰⁸, tales conductas son supuestos de encubrimiento personal específicamente tipificados, cuya mayor pena se fundamenta en que no sólo entorpecen las actividades de la Administración de Justicia, sino que también favorecen la ejecución de delitos-fin de la banda armada. Así, según la jurisprudencia, la relación entre el acto de colaboración consistente en

¹³⁰⁶ Así, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 94.

¹³⁰⁷ Véase LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, pp. 51 y 52.

¹³⁰⁸ *Supra* 2ª.III.1.A.a.

trasladar y ocultar a personas y la figura del encubrimiento personal es de concurso de normas, no de delitos, por aplicación del principio de especialidad previsto en el art. 8.1^a CP¹³⁰⁹.

Ahora bien, el art. 451.3^o.a) CP incluye las infracciones en materia de terrorismo entre el catálogo de delitos respecto de los que, en caso de encubrirse a sus responsables, surge responsabilidad penal de los auxiliadores. Por tanto, puede afirmarse que la relación concursal entre el encubrimiento personal y la colaboración con banda armada en favor de esta última modalidad lo es a efectos de sanción, pero no de exención de pena. De este modo, cabe plantearse si podría ser de aplicación la cláusula de exención de responsabilidad de algunos parientes prevista en el art. 454 CP¹³¹⁰. Como es sabido, este precepto establece que “*están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados*”¹³¹¹.

Así, pues, la solución a este interrogante depende del fundamento que se asigne a la exención mencionada, puesto que existen tres posturas sobre su naturaleza. En primer lugar, un sector de la doctrina la sitúa en el ámbito de la tipicidad o la antijuridicidad del hecho, al considerar que “no existe deber penal de no obstruir la Administración de Justicia cuando están en juego determinados parientes”; o bien que “el deber penal se ve delimitado en función de deberes prevalentes”, esto es, el de proteger a ciertos familiares¹³¹². Por el contrario, para un segundo sector doctrinal

¹³⁰⁹ Cfr. las SSTS de 3 de abril de 2002 (ponente Martín Pallín); y de 19 de mayo de 2003 (ponente Saavedra Ruiz).

¹³¹⁰ En contra de lo que opina CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 69, estos supuestos no deben resolverse atendiendo a la falta de intencionalidad del sujeto activo de colaborar con dichas organizaciones, puesto que el art. 576 CP no exige tal elemento subjetivo del injusto.

¹³¹¹ Véase el análisis realizado por SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, pp. 95 ss., sobre los sujetos a los que se puede aplicar esta exención.

¹³¹² Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, pp. 99 y 141 ss. En el primer caso, se trataría de una limitación de la tipicidad “en la ponderación que encierra el tipo, en razón de deberes familiares que resultan prevalentes sobre el deber de colaborar en el descubrimiento y sanción de delitos”. En el segundo supuesto, se produciría una colisión de deberes (así, BENEYTEZ MERINO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4.245; véase, también, BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en Derecho penal*, p. 215), que justificaría “el obstáculo a la acción de la Justicia que el encubrimiento reporta” (SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, pp. 142-143, quien se muestra crítico con estas soluciones). Respecto a la postura de BAJO FERNÁNDEZ, véase la crítica de GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, pp. 105 ss.

esta exención de pena responde a la lógica de la inexigibilidad de otra conducta¹³¹³. Por último, un tercer grupo de autores concibe dicha cláusula como una causa personal de exención de pena, “por motivos diversos a los que inspiran la inexigibilidad y la justificación”¹³¹⁴.

En consecuencia, en el ámbito de la tipicidad o la antijuricidad, la exención de responsabilidad del art. 454 CP plantea problemas de incompatibilidad con los supuestos de encubrimiento personal del art. 576 CP: en la ponderación de deberes también tendría que sostenerse que algunas obligaciones familiares no sólo eliminan el deber de colaborar con la Administración de Justicia, sino también el deber de no favorecer la actividad de una organización terrorista. Del mismo modo, respecto a la tercera postura mencionada, la doctrina no ha especificado cual es la naturaleza de estos “otros” motivos, ni el fundamento de su exención. Por tanto, tampoco está claro como puede aplicarse la exención de parentesco a los supuestos de encubrimiento en materia de terrorismo.

Ahora bien, desde una perspectiva basada en la inexigibilidad es posible aplicar dicha cláusula a los actos de encubrimiento personal específicamente previstos en el art. 576 CP. La situación motivacional anormal¹³¹⁵ persiste en el pariente que ayuda a un familiar con independencia de que éste sea terrorista, en vez de un delincuente común. Es decir, si el fundamento del art. 454 CP se basa en la inexigibilidad de delatar a un miembro de la propia familia, la tipología de criminal que se encubre no puede jugar ningún papel relevante. Por tanto, aunque el acto de ocultación de dicho pariente no sólo obstruya la labor de la justicia,

¹³¹³ BENLLOCH PETIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 341; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 939; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 922; y QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, p. 1.739. Véanse ulteriores referencias en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, pp. 141-142, nota 310. En especial, cfr. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, pp. 107 ss., aunque este autor no menciona específicamente la inexigibilidad, sino que, a su juicio, tal eximente responde a los criterios propios de la culpabilidad: “el encubridor de los núms. 2 y 3 del art. 451 ve afectado su proceso de motivación por la norma, debido al riesgo de que una persona muy allegada sufra graves injerencias en bienes esenciales como consecuencia de la acción de la Administración de Justicia”.

¹³¹⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, p. 143. A su juicio, la cláusula del art. 453 CP “deja subsistente con carácter general el contenido del injusto y culpabilidad del hecho”. También la conciben como causa de exención de pena BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en Derecho penal*, p. 217; y RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento, passim*, p. 140. Además, según este último autor (p. 139, texto y nota 243 con ulteriores referencias), ésta es la postura mayoritaria.

¹³¹⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 592.

sino que además favorezca la actividad de una banda armada, no enturbia el hecho de que no le sea exigible por motivos familiares comportarse conforme a derecho.

Por el contrario, la reciente STS de 8 de noviembre de 2007 (ponente Soriano Soriano) castiga por un delito de colaboración con banda armada, sin que se plantee la aplicación de ninguna rebaja penológica, la conducta consistente en dar cobijo a un terrorista, el cual también era compañero sentimental de la encubridora. Ahora bien, el voto particular al fallo dictado por la mayoría, formulado por Martínez Arrieta, opina que debiera haberse aplicado la excusa absolutoria prevista en el art. 454 CP, puesto que tal acto de ocultación no es subsumible en el art. 576 CP, sino que constituye una modalidad común de encubrimiento personal¹³¹⁶.

Sea como fuere, lo que no plantea ninguna duda es que esta previsión no puede beneficiar a aquellos familiares que realicen actos de colaboración que no guarden relación alguna con la idea de inexigibilidad (así, por ejemplo, el pariente que pase información de una tercera persona a un terrorista).

b) Los amigos-colaboradores

Por el contrario, el art. 454 CP no puede aplicarse respecto a los amigos que, por motivos sentimentales, realicen tales actos de colaboración, puesto que no están incluidos en dicho precepto¹³¹⁷. Sin embargo, en la realidad existen relaciones de amistad tan intensas que sus lazos afectivos pueden equiparse a los de algunos familiares. Por tanto, también debería tomarse en cuenta a efectos penológicos el conflicto individual que sufre aquel sujeto que se debate entre el amigo y el terrorista, representados en la misma persona.

Así, pues, con base en la inexigibilidad de otra conducta, la única solución posible que permite nuestro Código Penal es la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6º CP, que de considerarse muy cualificada podría

¹³¹⁶ En su opinión, “del hecho probado no resulta ningún dato del que resulte un acto de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista, sino un acto de auxilio al marido perseguido por su implicación en actos terroristas”.

¹³¹⁷ Del mismo modo, tampoco puede aplicarse a los familiares que no estén previstos.

rebajar la pena en uno o dos grados (art. 66.1.2ª CP). Desde la perspectiva de la postura que permite la aplicación de dicha atenuante siempre que exista un fundamento análogo, ya general, ya específico, a las anteriores, puede aplicarse el art. 21.6ª CP a los supuestos de amistad entre un colaborador y un terrorista¹³¹⁸. Ciertamente, en estos casos, dicha circunstancia participa, o bien del fundamento de la eximente de miedo insuperable, basado en la inexigibilidad de otra conducta (e, incluso, de la eximente del estado de necesidad como exculpante¹³¹⁹), o bien del fundamento general de la atenuación de responsabilidad, que también puede radicar en una disminución de la culpabilidad. De este modo, si bien es cierto que los amigos no quedarían exentos de pena, al menos se podría evitar su ingreso en prisión¹³²⁰.

Ahora bien, en el único caso en que los Tribunales se han planteado la aplicación de la atenuante analógica en un supuesto de colaboración con banda armada por razones de amistad, finalmente, la han descartado. El Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de julio de 1993, ponente García Ancos) castigó, en el conocido “caso del arcipreste de Irún”, al sacerdote que, “en atención a anteriores y profundas relaciones de afecto personal”, permitió pernoctar a dos miembros de ETA en su parroquia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Pese a que la Audiencia Nacional había rebajado la condena “en proporción a la menor culpabilidad o reprochabilidad de la conducta, instrumentable por la vía” de la atenuante analógica, a juicio de la Sala Segunda, no procedía su aplicación en tal caso: por un lado, no podía correlacionarse tal atenuante con las circunstancias eximentes del art. 8 CP⁷³ (actual art. 20 CP), ya que su círculo comparativo debía ceñirse a las circunstancias atenuantes descritas en el art. 9 (actual art. 21); y, por el otro –y, en consecuencia-, no existía en tal precepto ninguna causa de atenuación parecida a la situación descrita¹³²¹. Según indicó, “lo primero que hay que determinar en este tipo de atenuantes analógicas, es si existe el

¹³¹⁸ Véase *supra* 3ª.II.1.B.

¹³¹⁹ Sobre la apreciación directa de esta eximente, véase la STS de 21 de julio de 1993 (ponente García Ancos), que la descarta.

¹³²⁰ En caso de que la pena se redujera en dos grados, por aplicación de la regulación sobre sustitución o suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad prevista en los arts. 80 ss. CP (en concreto, véanse los arts. 80.1, respecto a la suspensión, y 88.1.I, respecto a la sustitución).

¹³²¹ Del mismo modo, la STS de 5 de noviembre de 2003 (ponente Giménez García) castiga por colaboración con banda armada a quien trasladó a un miembro de ETA por sentimientos de amistad, puesto que había mantenido con aquél una relación sentimental, sin plantearse la posibilidad de realizar ninguna rebaja penológica.

término comparativo que las haga viables, ya que el vocablo ‘analogía’ no significa otra cosa que ‘lo parecido a algo’, y este ‘algo’ no puede ser otra cosa u otro concepto que los contenidos en los demás casos de atenuación”. Así, examinadas éstas, el Tribunal concluyó que ninguna de ellas era de análoga significación con el supuesto de hecho en el que se comete un delito por razones de amistad.

Por último, téngase en cuenta que la solución de la atenuante analógica también puede aplicarse a los familiares, en caso de no aceptarse la posibilidad de aplicar la cláusula de exención de responsabilidad del art. 454 CP¹³²². En cambio, de nuevo, no puede plantearse su apreciación en los supuestos de ayuda por motivos afectivos, que no guarden relación con la idea de inexigibilidad.

Así, por ejemplo, la STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar) condena correctamente por colaboración con banda armada a quien facilitó información a su novio sobre un Guardia Civil.

c) Los familiares y amigos en los supuestos de secuestro

Por su parte, en los supuestos en que los allegados pagan la suma económica exigida como condición de la puesta en libertad del familiar secuestrado, no puede sino afirmarse que el hecho está justificado por el estado de necesidad¹³²³: existe una situación de peligro para un tercero

¹³²² También debe tenerse en cuenta que, durante los años 80, los tribunales resolvían los supuestos de colaboración cuyo único móvil era la amistad, las relaciones afectivas o el respeto al cónyuge, con base en la falta del elemento subjetivo, considerando, en consecuencia, que tales hechos eran atípicos (cfr. LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, p. 53, nota 15). Sin embargo, hay que indicar que el delito de colaboración con banda armada ni requiere, ni requería bajo la vigencia del Código Penal anterior, ningún elemento subjetivo del injusto específico.

¹³²³ En el mismo sentido, véase la STS de 5 de diciembre de 1994 (ponente Martín Pallín). En cambio, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 94, considera que esta conducta es atípica, al igual que CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, pp. 101 y 146, en los supuestos en que interviene el mediador a instancias del detenido, puesto que no existe dolo de favorecimiento de la detención. Por su parte, LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, p. 53; LA MISMA, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 264, basa su análisis en la ausencia del elemento subjetivo del injusto. Así, se decanta por la impunidad en estos casos porque la mediación no se realiza con la finalidad de favorecer al grupo terrorista, sino de conseguir la libertad del detenido (además, añade que no “resulta exigible una conducta distinta”).

que sólo puede conjurarse mediante un hecho típico¹³²⁴, y el mal causado es menor que el que se trata de evitar.

Ciertamente, la ponderación de males es una operación compleja de determinar. Así, por un lado, las actividades terroristas son una amenaza muy seria en una sociedad y el cobro del rescate contribuye a la comisión de delitos-fin de la organización. Sin embargo, por el otro lado, el tipo de colaboración con banda armada es de peligro abstracto respecto a los bienes jurídicos personales más esenciales, mientras que la vida del secuestrado está en peligro concreto, y su libertad está siendo permanentemente vulnerada durante la detención ilegal¹³²⁵.

d) El tercero mediador en un secuestro con un móvil económico o ideológico: ¿merece un tratamiento distinto?

1º El elemento subjetivo de justificación

Como acaba de indicarse, quienes pagan la contraprestación solicitada por una banda armada para liberar a una persona allegada no realizan un acto de colaboración antijurídico, sino que su conducta se encuentra justificada por estado de necesidad. Ahora bien, ¿qué ocurre con el tercero mediador¹³²⁶ en un secuestro cuyo motivo para interceder en el cobro del rescate es económico o ideológico? ¿Le es aplicable tal causa de justificación¹³²⁷ pese a tener un móvil distinto al de ayudar a la víctima?

¹³²⁴ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, pp. 62-63.

¹³²⁵ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, p. 63.

¹³²⁶ Téngase en cuenta que el art. 576 CP tipifica expresamente como acto de colaboración cualquier mediación económica con las actividades de una banda armada u organización terrorista. Ahora bien, según LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, pp. 56 ss., la intervención del mediador constituye un delito de amenazas condicionales de un mal delictivo a título de participación, en concreto de complicidad. A su juicio, por un lado, “cuando el acto de favorecimiento está conectado a la realización de una acción delictiva, como ocurre en la mediación, debe entonces prevalecer la calificación de colaborador por el tipo específico” (en este sentido, la citada autora menciona la SAN 5/94, “caso de la Hoz”, la cual establece que la mediación en un secuestro es un supuesto de complicidad en el tipo de detenciones ilegales). Y, por el otro, el delito de secuestro “constituye un tipo complejo que abarca dos conductas, subsumibles cada una de ellas en una figura delictiva distinta, a saber: en la detención ilegal (...) y en las amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito”. Véase, también, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 147.

¹³²⁷ Téngase en cuenta que LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, p. 62, pone de relieve que los supuestos en los que el mediador es un profesional del Derecho pueden reconducirse a la causa de justificación del ejercicio legítimo de un oficio. Sin

Así, pues, la respuesta a este interrogante depende del contenido que se le asigne al elemento subjetivo de justificación. Como es sabido, no hay unanimidad en la doctrina respecto a esta cuestión, sino que existen tres posturas¹³²⁸. En primer lugar, el sector doctrinal mayoritario determina que el contenido del elemento subjetivo de justificación se corresponde con el contenido del dolo en el tipo de injusto¹³²⁹. En cambio, un segundo grupo de autores, normalmente situados en la órbita del finalismo, abogan por la exigencia de un componente intencional o tendencial que va más allá del conocimiento (o del conocimiento y voluntad) propios del dolo. De este modo, exigen una dirección de la voluntad inequívocamente dirigida a alcanzar el objetivo que legitima la realización del comportamiento típico¹³³⁰.

embargo, cita dos Sentencias (la SAN 19/93, “caso Reizábal”, y la STSJ-País Vasco de 28 de marzo de 1994, “caso Elosúa y Arratibel”) que niegan la existencia de la mencionada causa de justificación, en tanto la actividad mediadora realizada con motivo de una detención ilegal no supone aplicación de la ciencia y de la técnica jurídica, como exigía el art. 8 del Estatuto General de Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, vigente en aquel entonces (“*La abogacía es una profesión libre e independiente consagrada en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas.*”).

¹³²⁸ Cfr. SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos de justificación*, pp. 27 ss. Sobre el elemento subjetivo de justificación, véase, también, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación”, pp. 1.179 ss.

¹³²⁹ Ahora bien, este paralelismo entre dolo y elemento subjetivo de justificación conlleva que surjan discrepancias según el contenido que se le asigne al primero: mientras que un grupo de autores mantiene la necesidad del doble componente intelectual y volitivo en el dolo, otros autores estiman suficiente el primero de estos datos. Por tanto, para este primer grupo de autores, la postura mantenida sobre el contenido del dolo conlleva, como contrapartida, que el contenido asignado al elemento subjetivo de justificación sea únicamente el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación o, por el contrario, el conocimiento y la voluntad referidos a los elementos que configuran el denominado tipo de justificación. Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general*, pp. 51-52; EL MISMO, “Justificación y exculpación en Derecho Penal español”, pp. 63-64; SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos de justificación*, p. 93, con ulteriores referencias en la p. 36, nota 103; y SILVA SÁNCHEZ, “Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuricidad”, p. 660, consideran que el contenido del elemento subjetivo de justificación es sólo conocimiento. En cambio, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 437; VALLE MUÑIZ, “El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad”, p. 250; y TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación*, p. 287, otorgan a este elemento el doble componente intelectual y volitivo.

¹³³⁰ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte general*, p. 159; CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español*, p. 187; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, pp. 106 ss.; y LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, p. 63.

Por último, aunque la mayoría de autores sólo distingue entre estas dos soluciones, SANZ MORÁN considera que debe trazarse una diferenciación entre el plano de los fines, que caracteriza la segunda postura mencionada, y el de los móviles o motivos. Por ello, pone de relieve que existe en la doctrina una tercera posición que concede en este ámbito relevancia a los motivos y a los móviles que inspiran la actuación del sujeto. Así, “el fin de la acción haría referencia a la persecución de un objetivo por parte del sujeto, reconocido por él como *desideratum*”. El motivo sería “la razón de ser del comportamiento o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican”. Por fin, el móvil “se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva como conjunto de deseos, pasiones y emociones que impulsan a la acción”¹³³¹.

Dicho con un ejemplo: la conducta del médico que lleva a un accidentado en su coche y se apresura en la conducción por los honorarios que supone un auxilio a tiempo, cometiendo algún delito contra la seguridad del tráfico, no estaría justificada para la postura que da relevancia a los motivos, ya que su móvil no es salvar una vida sino cobrar una cantidad de dinero. En cambio, sí que lo estaría para la segunda propuesta (la de los fines), puesto que del mismo modo que el fin de la conducta de quien envenena a su mujer es causarle la muerte, con independencia de que el móvil o el motivo sea poder contraer nuevo matrimonio o cobrar el seguro, en las causas de justificación el fin del conductor de nuestro caso es trasladar urgentemente al hospital al accidentado y salvarlo, con independencia de que su móvil o motivo sea económico y no el de ser un “buen samaritano”. Sólo trasladándolo a tiempo cobrará sus honorarios y, por tanto, persigue salvarle la vida, independientemente del móvil (reprobable) que guía su conducta.

En consecuencia, desde las dos primeras perspectivas, la conducta del tercero-mediador quedaría justificada cualquiera que fuese el móvil que le impulsa a obrar de ese modo (altruista, económico o ideológico, igual que ocurre con los familiares o amigos)¹³³². En cambio, desde la tercera postura, el estado de necesidad no podría operar de manera completa

¹³³¹ SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos de justificación*, p. 34, siguiendo a su maestro TORÍO LÓPEZ.

¹³³² En este sentido, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 107, considera que lo esencial para apreciar el estado de necesidad en estos supuestos es la constatación de que el sujeto activo actúa “con entendimiento de la situación de necesidad y de que su conducta es idónea para salvar el bien de mayor importancia”.

cuando el ánimo de obrar impulsado por una causa de justificación se hubiese enturbiado por otros móviles¹³³³, solución que no comparto.

En mi opinión, el contenido que debe asignarse al elemento subjetivo de justificación es el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación. Por el contrario, ni los fines, ni los motivos o móviles han de tener papel alguno a la hora de apreciar una causa de justificación. En consecuencia, pues, la conducta del tercero-mediador en un secuestro cuya finalidad es recibir una contraprestación económica o ayudar a la banda terrorista ha de quedar plenamente amparada por el estado de necesidad, del mismo modo que sucede respecto a los familiares y amigos¹³³⁴.

¹³³³ En este sentido, la STS de 5 de diciembre de 1994 (ponente Martín Pallín) establece que en el contenido del elemento subjetivo de justificación hay que tomar en consideración los móviles o motivos que impulsan a una persona a obrar (esta es la Sentencia del conocido secuestro del empresario Emiliano Revilla por la organización terrorista ETA, en el que sus familiares pagaron el rescate exigido; véase el comentario de VALLE MUÑOZ, “El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad”, *passim*). Así, la Sala Segunda consideró que tales allegados se encontraban amparados por el estado de necesidad, pese a que habían cometido un delito de colaboración con banda armada. Ahora bien, también resultó probado que otra persona había intermediado en el pago del secuestro con el móvil del provecho económico (la retribución por este acto fue de 75 millones de las antiguas pesetas). Del mismo modo, el Ministerio Fiscal sostuvo que un segundo sujeto había participado en la mediación económica del secuestro con la intención de favorecer los intereses de la organización terrorista. En consecuencia, el Tribunal Supremo consideró que “si se enturbia el ánimo de obrar impulsado por un estado de necesidad por otros móviles, puede dar lugar a eliminar la eximente o, en el mejor de los casos, a degradarla al estado de imperfecta” (véanse otras referencias jurisprudenciales de los años noventa respecto a esta cuestión en LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, pp. 52 ss., las cuales resuelven en el mismo sentido). En la doctrina, es de esta opinión CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 141, quien considera que el sujeto que lleve a cabo la mediación como representante de una asociación ilícita puede encontrarse en estado de necesidad, pero sólo si actúa por motivos altruistas.

¹³³⁴ En el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, “Justificación y exculpación en Derecho Penal español”, p. 70; EL MISMO, “Colaboración con banda armada y estado de necesidad”, considera que la “discriminación entre unos (familiares) y otros (intermediarios) ‘colaboradores’ carece de base legal: ciertamente que todos ellos han realizado formalmente el tipo de colaboración con banda armada del art. 174 *bis a*), pero ciertamente también que todas esas conductas están justificadas por la eximente de estado de necesidad del art. 8. 7º del Código Penal (CP) en cuanto que con el pago del rescate se ha salvado el bien jurídico superior de la libertad y -eventualmente- de la vida del rehén”. A su juicio, “el estado de necesidad, como cualquier otra causa de justificación, exige únicamente para su apreciación la concurrencia objetiva -aprehendida por el sujeto- de una situación de conflicto de bienes, en la que se sacrifica uno de ellos para salvar otro de la misma o de superior entidad, siendo indiferente la motivación concreta -altruista o egoísta- con la que se actúa”.

2º. La provocación en el estado de necesidad

Sin perjuicio de lo dicho en el apartado anterior, cuando existe una afinidad ideológica entre el sujeto mediador de un secuestro y la banda terrorista surge una cuestión ulterior en el ámbito de la provocación del estado de necesidad. Así, hay que distinguir dos supuestos: en primer lugar, no hay duda que tienen que justificarse aquellos casos en los que quien intercede en el pago del rescate no ha realizado ninguna aportación material a la banda terrorista con anterioridad al secuestro, por mucho que exista una vinculación con sus fines.

Ahora bien, el segundo caso, más complejo, es aquél en que el sujeto colaborador que media en la detención realizó en el pasado actos de ayuda genéricos con las actividades de la banda armada –por lo que favoreció la comisión de delitos-fin del grupo-. ¿Puede configurarse esta aportación como una provocación de la situación de necesidad en el sentido del art. 20.5ª CP? Es decir, ¿colaborar con el mantenimiento de un estado de cosas delictiva significa provocar cualquier situación de conflicto creada por la organización terrorista?

De entrada, según el Código Penal español¹³³⁵ no toda provocación impide la apreciación de esta eximente sino sólo aquella realizada con intención¹³³⁶. No obstante, la jurisprudencia la desestima siempre que la situación de necesidad se deriva de una actuación anterior del sujeto agente, aunque no se haya probado ni siquiera imprudencia con relación al resultado final¹³³⁷.

Así, en la práctica, para resolver estos supuestos hay que recurrir al elemento objetivo de la acción provocadora, esto es, si la conducta realizada guarda relación de causalidad con la situación de conflicto. De este modo, cuando pueda afirmarse que la detención ilegal se hubiese

¹³³⁵ El art. 20.5ª requiere para la aplicación del estado de necesidad “*que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto*”.

¹³³⁶ La doctrina mayoritaria entiende que provocación intencionada equivale a la dolosa, incluyendo en ésta tanto a la efectuada con dolo de primer grado como a la realizada con dolo eventual (véase ROPERÓ CARRASCO, *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, pp. 120 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, p. 680).

¹³³⁷ Véase ROPERÓ CARRASCO, *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, pp. 110 ss. Esta autora pone de relieve que el Tribunal Supremo acepta este criterio cuando el propio sujeto contribuye con sus acciones (por ejemplo, una mala gestión de una empresa) a la creación de la situación económica precaria. También SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, p. 680.

producido igualmente sin la ayuda anterior, cabrá concluir que la situación de necesidad no se derivó objetivamente de esa actuación. Por tanto, la mediación del agente deberá considerarse justificada en estos casos.

Por último, tal y como indica GIMBERNAT ORDEIG¹³³⁸, si, antes de la ejecución de un secuestro en nombre de una organización terrorista, alguien hubiera acordado con dicha banda armada su posterior actuación como intermediario para la entrega del dinero por parte de la familia, debería responder, no ya por colaboración con banda armada, sino, simple y llanamente, como coautores o como partícipes de una detención ilegal bajo rescate.

B) Los supuestos de amenaza o extorsión

Por último, cuando las personas amenazadas o extorsionadas entregan la contraprestación requerida por una organización terrorista para evitar la causación de un daño personal también les es aplicable el estado de necesidad¹³³⁹. Así, en los supuestos conocidos en España como pago del “impuesto revolucionario”, existe un hecho típico (colaboración o ayuda económica con las actividades de un grupo terrorista) pero justificado. De nuevo, el mal que se cierne sobre la vida o integridad de las víctimas o sus allegados en caso de no sucumbir a las peticiones de la organización es superior que el que se ocasiona con la aportación económica¹³⁴⁰.

¹³³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, “Colaboración con banda armada y estado de necesidad”; EL MISMO, “Justificación y exculpación en Derecho Penal español”.

¹³³⁹ En cambio, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 94, considera que esta conducta es atípica, al faltar la intención de ayudar a la banda; y, según SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 191, los supuestos de colaboración obligada hay que reconducirlos a “situaciones de no exigibilidad de otra conducta distinta (estado de necesidad o falta de elemento subjetivo de favorecer a la banda) operando como causa de exculpación”. Por su parte, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, p. 170, pone de relieve que en caso del impuesto revolucionario, “las normas generales determinarán su atipicidad, o le justificarán en su caso. Podrá invocarse la ausencia del oportuno elemento subjetivo, o la concurrencia de un estado de necesidad, o de una causa de inculpabilidad”. En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 264. Véase, también, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, pp. 149-150.

¹³⁴⁰ Además, los mediadores en tales supuestos deben ser tratados con las mismas reglas establecidas para los supuestos de secuestro. En la práctica, la SAN de 14 de noviembre de 1993 juzga la mediación de un sujeto en un supuesto de amenazas condicionales por el llamado impuesto revolucionario y aplica una atenuante analógica muy cualificada de estado de necesidad exculpante (cfr. LAMARCA PÉREZ, “La mediación en detención ilegal”, p. 64, nota 80).

De hecho, de la jurisprudencia analizada se desprende que en la práctica no se persiguen tales supuestos de amenaza o extorsión, esto es, no se abre un procedimiento contra quienes, conminados con un mal, pagan el dinero requerido por una banda armada. En este sentido, el reciente Auto de prisión de fecha 12 de junio de 2008, decreta la prisión provisional para dos empresarias que pagaron 6.000 euros a la organización terrorista ETA, puesto que “no existe constancia del alcance intimidatorio (...), para determinar la incidencia de las mismas en el ánimo de las detenidas”, sino que la entrega dineraria se hizo **voluntariamente**.

III. COLABORACIÓN CON LAS FINALIDADES DE UNA BANDA ARMADA TERRORISTA CONSISTENTE EN REFORZAR EL CLIMA DE INTIMIDACIÓN

Como se ha indicado, el art. 577 CP tipifica el denominado “terrorismo aislado” y castiga las conductas de aquellos sujetos que, sin ser miembros de una banda armada, pretenden de modo directo o indirecto subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública¹³⁴¹. Ahora bien, también se ha puesto de relieve¹³⁴² que los casos verdaderamente individuales que suceden en la realidad no “tienen encaje alguno en la noción sistemática de terrorismo”¹³⁴³, puesto que no concurre en ellos la virtualidad lesiva suficiente para alterar la paz pública y subvertir el orden constitucional.

Por el contrario, las conductas descritas en tal precepto responden a la lógica de la colaboración con banda armada. En esta modalidad de ayuda, sujetos que no pertenecen a una organización terrorista le prestan su apoyo mediante la ejecución de delitos susceptibles de crear un clima de

¹³⁴¹ Art. 577 CP: “Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales secuestros amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560 o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior”.

¹³⁴² Véase *supra* 1^a.II.2.B.d y 1^a.VII.2.A.

¹³⁴³ CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 231.

inseguridad y alarma¹³⁴⁴. En concreto, colaboran con la finalidad de implantar el terror en la sociedad, la cual es perseguida por el terrorismo aras a la consecución de una meta política. De aquí que el art. 577 CP, junto a los mencionados fines de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, prevea la intención de **contribuir** a tales metas atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional.

Así, las acciones de violencia urbana o *kale borroka* encuentran acomodo en esta modalidad¹³⁴⁵. Como se ha indicado, estos actos de hostigamiento y disturbios callejeros se realizan en apoyo de los fines perseguidos por la organización terrorista ETA¹³⁴⁶ y en grupo, por parte de personas jóvenes afines a sus objetivos e ideario. De este modo, refuerzan el clima de intimidación¹³⁴⁷ mediante la ejecución de delitos de daños, incendios y desórdenes públicos. Sin embargo, por ellas mismas, no reúnen las características para instrumentalizar la vida, integridad y libertad de las personas.

¹³⁴⁴ En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 77, pone de relieve que el art. 577 tipifica actos realizados de forma individual que constituyen, en realidad, actos de colaboración con las finalidades del terrorismo, puesto que la amenazas que se originan mediante estas conductas “se dirigen a reforzar el clima de intimidación generado por la actuación de grupos terroristas”; LA MISMA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 269, nota 85. También BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000”, aptdo. IV, pone de relieve la eficacia de estas conductas “a la hora de generar un clima general de terror y violencia”.

¹³⁴⁵ Es más, ésta es la voluntad del legislador (en el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 226; y LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. III). Según la exposición de motivos de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, dicha figura delictiva pretende castigar las conductas de violencia callejera o terrorismo urbano que tan a menudo se realizan en las vías públicas de algunas ciudades y municipios del País Vasco. Es decir, la finalidad de la actual dicción literal del art. 577 CP es la de punir “las acciones de los que, sin pertenecer a banda armada, comparten sus fines y **contribuyen** a subvertir el orden constitucional o a alterar gravemente la paz pública” (negrita añadida). Es de otra opinión SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, p. 186, para quien la razón de ser de este delito se encuentra en la posibilidad de castigar a aquellos terroristas que, por falta de pruebas, no se haya podido “acreditar su inserción, conexión o colaboración con una banda organizada”.

¹³⁴⁶ En el mismo sentido, BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000”, aptdo. IV, considera que los actos de la *kale borroka* “constituyen una prolongación de las actividades de la banda terrorista ETA y una contribución eficaz a sus fines”; y, en la jurisprudencia, la STS de 14 de febrero de 2006 (ponente Soriano Soriano).

¹³⁴⁷ ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 77.

En este sentido, la STS de 4 de octubre de 2006 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) establece que “la llamada lucha callejera o *kale borroka* -cuyos fines y objetivos son plenamente coincidentes con los de la banda terrorista ETA- pretende complementar la actividad de esta organización criminal y, siguiendo sus postulados, intentan con sus acciones [violentas] (...) amedrentar al conjunto de la sociedad vasca y alterar la paz pública del país vasco”¹³⁴⁸.

Ciertamente, al concebir este delito en clave de colaboración surge el siguiente problema: los supuestos de *kale borroka* también son subsumibles en los arts. 572 y 573 CP, que prevén mayor pena que el art. 577 CP, puesto que en tales preceptos los colaboradores también pueden ser sujetos activos de las infracciones terroristas descritas (lesiones, coacciones, amenazas, detenciones ilegales, secuestros y tenencia y depósito de armas, municiones y explosivos)¹³⁴⁹. Así, por ejemplo, la tenencia de un aparato incendiario en el ámbito de la violencia callejera puede castigarse en virtud del art. 573 CP a una pena privativa de libertad de 6 a 10 años, mientras que según el art. 577 CP en relación con el art. 568 ésta se situaría entre los 4 y 5 años de prisión. Sin embargo, desde un punto de vista gramatical y sistemático, puede sostenerse que el colaborador al que se hace referencia en los arts. 572 y 573 CP es el descrito en el art. 576, esto es, el colaborador material con las actividades de una organización terrorista, puesto que sólo en este precepto aparece la palabra “colaboración” –pero no en el art. 577 CP-¹³⁵⁰.

Además, cuestión distinta es que si, como se ha indicado¹³⁵¹, HARRAI-JAIKA-SEGI es considerada banda armada terrorista, la consecuencia respecto a los autores de actos de *kale borroka* es que se convierten en miembros de una organización de tal naturaleza (o en sus colaboradores), y, por tanto, les es de aplicación los arts. 571 a 574 CP –pero no el 577 CP-. Sin embargo, también se ha dicho que en este trabajo se mantiene

¹³⁴⁸ Del mismo modo, la SAN de 19 de diciembre de 2007 (ponente Murillo Bordallo) pone de relieve que el terrorismo de baja intensidad se utiliza “como complemento de la actividad de la ‘organización armada’ de ETA”, y garantiza “el mantenimiento de forma constante de un ambiente de coacción e inestabilidad en la población, idóneo para tratar de conseguir que, por puro miedo, ésta impuls[e] al Gobierno Español a ceder a las pretensiones de la organización terrorista”.

¹³⁴⁹ Por el contrario, las penas previstas en los arts. 571 y 574 CP, por un lado, y en el art. 577 CP, por el otro, coinciden.

¹³⁵⁰ De otra opinión es la STS de 14 de febrero de 2006 (ponente Soriano Soriano). A su juicio, puesto que las conductas de violencia callejera en el País Vasco son constitutivas de colaboración con banda armada deben incardinarse en los arts. 571 a 574 CP.

¹³⁵¹ Véase *supra* 1^a.VII.2.B.

otra postura: que tales grupos son asociaciones ilícitas que tienen por objeto cometer delitos (art. 515.1º CP)¹³⁵².

De este modo, existen tres formas de colaboración con banda armada (asociación que es el núcleo básico del terrorismo) y dos modos de prestarla: por un lado, es posible distinguir entre la cooperación con sus actividades –que también puede ser psíquica– (art. 576 CP), la cooperación con sus finalidades (a mi juicio atípica, aunque también puede plantearse la aplicación del art. 576 CP) y el favorecimiento a la finalidad de causar terror (art. 577 CP); por el otro, dichas formas de colaboración pueden llevarse a cabo, bien individualmente, bien mediante la cobertura de una organización ilícita¹³⁵³. No obstante, la combinación entre estas variables conlleva consecuencias distintas según se coopere organizadamente con las actividades de una banda armada o con sus finalidades.

Así, la colaboración (permanente) con las actividades de una banda armada a través de una organización o un grupo le confiere carácter terrorista y sus miembros pertenecen a una asociación de tal naturaleza, del mismo modo que quien realiza esta tarea de modo individual o en coautoría: por ejemplo, los grupos que colaborando con *Al Qaeda* se dedican a captar nuevos miembros o a recabar ayuda económica deben calificarse como organizaciones o grupos terroristas y a sus integrantes miembros de dichas asociaciones¹³⁵⁴. Del mismo modo, debe tener esta consideración la organización KAS-EKIN en tanto suministraba información sobre potenciales objetivos de ETA y facilitaba ayuda económica; o el Diario *Egin* o Gestoras Pro-Amnistía, en relación con la conducta consistente en ayudar a los miembros de ETA a eludir la acción de la justicia¹³⁵⁵. En efecto, no tendría ningún sentido castigar como integrante de una asociación terrorista a quien a título individual y de

¹³⁵² Por ello en la determinación de la pena debería tenerse en cuenta este elemento de “cooperación con el terrorismo”. Del mismo modo que a título individual la ejecución de delitos comunes tiene mayor contenido de injusto cuando éstos colaboran con los fines perseguidos por el terrorismo, a nivel de organización también es más grave cometer infracciones que aporten un beneficio a una banda armada de tal naturaleza. Así, incluso podría abogarse por la tipificación expresa de una modalidad de asociación ilícita caracterizada no sólo por tener como objeto la comisión de delitos sino también la ayuda prestada a una banda armada terrorista.

¹³⁵³ De otra opinión PAREDES CASTAÑÓN, “Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada”, p. 4, considera que el delito de colaboración con las finalidades de una banda armada terrorista sólo puede llevarse a cabo por individuos de manera no organizada.

¹³⁵⁴ Cfr. la STS de 31 de mayo de 2006 (ponente Monterde Ferrer).

¹³⁵⁵ Véase *supra* 3º.II.2.C.d.1º.

modo permanente aporta dinero a una banda armada, pero no a quien realiza la misma tarea organizadamente o en grupo¹³⁵⁶.

En cambio, la asociación ilícita que coopera con las finalidades de una banda armada no puede refutarse terrorista *per se*¹³⁵⁷. Por un lado, si no puede probarse la ejecución de ninguna conducta delictiva en su favor, más allá del respaldo político o ideológico, tales grupos no son ni siquiera una asociación ilícita¹³⁵⁸. Como se ha indicado, esto es lo que sucede respecto a HB y ANV¹³⁵⁹, y respecto a aquellas conductas realizadas por KAS-EKIN, el Diario *Egin* y Gestoras Pro-Amnistía que no colaboran materialmente con ETA. Por el otro, si llevan a cabo infracciones penales serán subsumibles en alguna otra modalidad de organización criminal prevista en el art. 515 CP¹³⁶⁰. Éste es el caso de JARRAI-HAIKA-SEGUI. Ciertamente podría argumentarse que cualquier asociación que colabora con el terrorismo tiene esta naturaleza, con independencia de que apoye sus actividades o su finalidad de causar terror. Sin embargo, quien coopera con el mantenimiento de un estado de intimidación mediante la ejecución de delitos contra la propiedad no favorece

¹³⁵⁶ Ciertamente, desde un punto de vista terminológico, cuando tales organizaciones o grupos son independientes de la banda armada matriz sus miembros no pertenecen a banda armada sino a organización o grupo terrorista. No obstante, la naturaleza es la misma y las consecuencias penales idénticas (véase *supra* 1ª.VII.2.B).

¹³⁵⁷ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 147. Este autor, en su reciente trabajo, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, pp. 1.901-1.902, considera que en las organizaciones periféricas de ETA, si bien concurre “la *organización* requerida para estimar que estamos ante un colectivo típico terrorista, (...), *no* concurre una violencia típica”. Y añade: “los *fines subjetivos* no pueden suplir la definición *objetiva* de la *conducta*”.

¹³⁵⁸ Ni tampoco son subsumibles en el art. 576 CP, tal y como opina FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal, passim*, pp. 223 ss. Ciertamente, se comparte con este autor que las actividades realizadas por las organizaciones del denominado MLNV (Movimiento de Liberación Nacional Vasco) no suponen un peligro para la vida, la salud o la integridad de las personas (p. 223). No obstante, precisamente por ser así, tales conductas no se encuentran tipificadas, a mi juicio, dentro del delito de colaboración con banda armada, puesto que los actos de cooperación punibles deben comportar un riesgo para los bienes protegidos por los delitos-fin perseguidos por una banda armada. Por ello, tales asociaciones no pueden ser calificadas como ilícitas a los efectos del art. 515.1 CP, al tener como objeto la comisión del delito de colaboración con banda armada, “para ampliar los efectos de sus actuaciones terroristas y para facilitar, en la medida de lo posible, la subsistencia de la misma” –conclusión mantenida por el citado autor en la p. 227-.

¹³⁵⁹ Aunque, también se ha dicho, cuestión distinta es que deban participar en la vida política de un Estado democrático.

¹³⁶⁰ Como indica ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 256, hay que diferenciar entre las “finalidades de ‘atemorización’ y de imposición coactiva que colorea el *plus* de gravedad, y los fines de contenido político del ‘ideario’”.

materialmente la ejecución de delitos-fin de la banda armada terrorista¹³⁶¹. En otras palabras, no aporta ninguna ayuda susceptible de ser materializada en una infracción específica contra la vida, la libertad o la integridad de las personas, criterio que, hay que indicar de nuevo, fundamenta el castigo de los actos de colaboración, permanentes o esporádicos, con una organización terrorista.

Por tanto, JARRAI-HAIKA-SEGUI sólo puede ser subsumible en esta última modalidad de ayuda, lo que conlleva las siguientes consecuencias respecto a sus miembros y sus colaboradores: quienes han fundado o dirigen, presiden y, en general, pertenecen a tal grupo criminal cometen el delito previsto en el art. 517 CP, que castiga tales estatus en relación con cualquier asociación tipificada en el art. 515 CP, siempre que no sea terrorista (en cuyo caso es de aplicación el art. 516 CP); y, respecto a sus colaboradores ocasionales (por ejemplo, quienes pasan información a dicha asociación ilícita sobre entidades bancarias que puedan ser dañadas, entregan dinero, etc.¹³⁶²), éstos cometen el delito previsto en el art. 518 CP, que tipifica la ayuda económica o de otra clase que favorezca tales asociaciones, pero no el del art. 576 CP¹³⁶³.

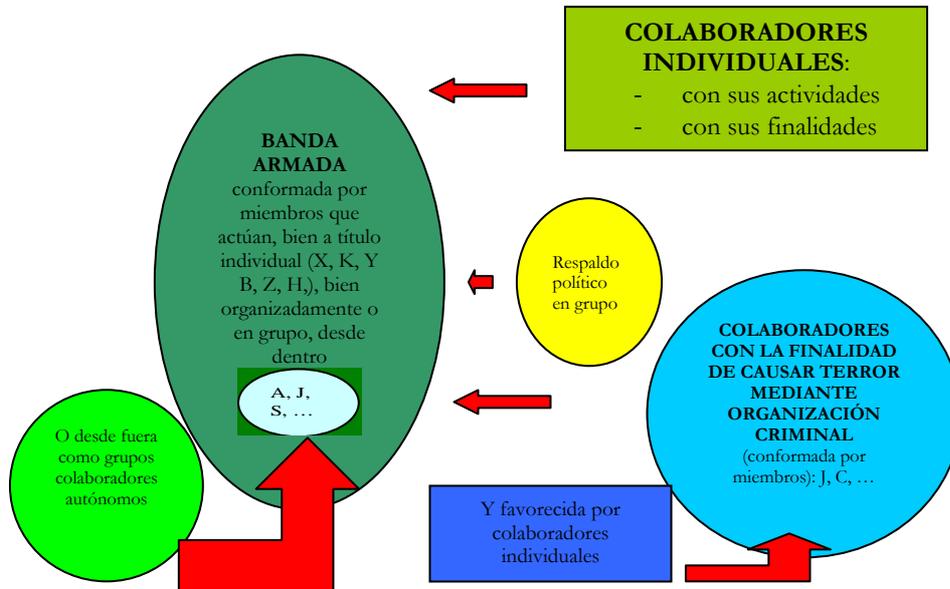
No obstante, según la STS de 1 de octubre de 2007 (ponente Sánchez Melgar), la conducta consistente en captar a personas para realizar actos de lucha callejera es constitutiva de un acto de colaboración previsto en el art. 576, mientras que, a mi juicio, el precepto aplicable debería ser el art. 518 CP. Ciertamente, en este

¹³⁶¹ En este sentido, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Ley de partidos políticos y derecho penal*, p. 216, considera que cuando “una organización terrorista genera estructuras paralelas sobre las que tienen dominio y de las cuales se sirve para ampliar los efectos de sus actos terroristas”, pero no para realizarlos, hay que distinguir entre ambas clases de asociaciones.

¹³⁶² En este sentido, cfr. la SAN de 19 de diciembre de 2007 (ponente Murillo Bordillo), que narra los siguientes hechos: entre los meses de mayo y junio de 1993, el diario *Egin* prestó sus instalaciones y medios a *Jarraí* para que éstos elaborasen carteles amenazantes y coactivos contra distintos profesionales de los medios de comunicación social, considerados hostiles por ETA.

¹³⁶³ Respecto a esta cuestión, ciertamente, quien informa sobre bienes inmuebles que pueden ser dañados en los actos de violencia callejera colabora con las **finalidades** perseguidas por ETA, por lo que con base a su literalidad podría aplicarse el art. 576 CP. No obstante, la pena que impone este artículo no distingue si la ayuda se destina a una organización que mata a seres humanos o a un grupo que ejecuta, básicamente, delitos contra la propiedad y desórdenes públicos. Por tanto, hay que descartar la aplicación de este precepto. Como se ha indicado *supra* 3ª.II.2.C.d.2º, “finalidad” en el sentido del art. 576 CP es consustancial al término “actividad”: quien ayuda a que una banda armada cometa delitos también colabora con la creación y el mantenimiento de un estado de intimidación.

caso, tal aportación favorece las actividades de una asociación ilícita que tiene por objetivo la comisión de delitos, pero no colabora con las actividades de una banda armada terrorista. Del mismo modo, la STS de 29 de mayo de 2003 (ponente Giménez García) también califica como acto de colaboración subsumible en el art. 576 CP la conducta consistente en recopilar información sobre objetivos y actos de violencia callejera.



Así, pues, mientras que los conjuntos ovalados coloreados en verde son bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (por ejemplo, ETA), el conjunto ovalado azul representa una asociación ilícita, pero no terrorista (por ejemplo, JARRAI-HAIKA-SEGUI). Del mismo modo, en el cuadrado verde aparecen los colaboradores individuales con el terrorismo, y, en cambio, en el azul, los colaboradores con cualquier otro tipo de organización criminal, que merecen un tratamiento distinto. Por último, los grupos representados en color amarillo no constituyen ninguna clase de asociación ilícita de carácter penal (por ejemplo, HB, ANV, KAS-EKIN, el Diario *Egin* y Gestoras Pro-Amnistía, excepto que pueda probarse la existencia de actividades de apoyo material a ETA).

IV. COLABORACIÓN MEDIANTE EL ENALTECIMIENTO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DELITOS TERRORISTAS O DE SUS AUTORES: LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO

Como es sabido, el Código Penal de 1995 regula, en su art. 18.1.II, la tradicional figura de la apología, esto es, la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor¹³⁶⁴. Sin embargo, la configura como una modalidad de provocación exigiendo que para ser punible tiene que constituir una incitación directa a la comisión de un delito¹³⁶⁵.

Por esta razón, la LO 7/2000, de 22 de diciembre¹³⁶⁶, introdujo lo que la mayoría de la doctrina denomina apología del terrorismo¹³⁶⁷ en la parte

¹³⁶⁴ Como indica GONZÁLEZ GUTIÁN, “Algunas consideraciones sobre el concepto de apología”, p.283, “apología significa discurso en defensa o alabanza de personas o cosas”.

¹³⁶⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del *iter criminis*”, pp. 153 ss. Sobre esta cuestión, VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, pp. 34-35, pone de relieve que el legislador de 1995 se inspiró en la doctrina sentada en la resolución del Tribunal Supremo Federal americano *Brandenburg vs. Ohio* (1969). Según esta Sentencia “el Estado no puede prohibir o castigar la apología del uso ilegal de la fuerza, a menos que se dirija a provocar o producir una acción ilegal inminente y sea apta para incitar o producir tal acción”. Además, ésta también era la postura que mantenía parte de la doctrina española (cfr. CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 233; y CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 222-223).

¹³⁶⁶ De modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

¹³⁶⁷ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000”, aptdo. I; CAMPO MORENO, “El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores”; CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.050; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1.136; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 827; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.625; LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 695; MANZANARES SAMANIEGO, “Reformas penales en materia de terrorismo”, p. 1.017; MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, pp. 252-253 y 261; y PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.504. Sin embargo, esta terminología se confunde con el concepto jurídico de apología de la parte general del Código Penal de 1995 (art. 18.1.II) en relación con el art. 579 CP, que castiga los actos preparatorios punibles dentro de los delitos de terrorismo. Por ello, es más correcta la terminología usada por MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 911-912, que distingue entre apología y conductas similares enaltecedoras de los delitos terroristas y de sus autores (en el mismo sentido, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”,

especial del Código Penal, concretamente en el art. 578, cuyo tenor establece lo siguiente: “*el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, (...) se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*”¹³⁶⁸.

Así, por ejemplo, antes de la introducción de este precepto, gritar “Gora ETA” y “Gora ETA militar” ante un grupo de personas no era una conducta constitutiva de apología, puesto que no suponía incitación directa a cometer un delito (cfr. la SAP-Guipúzcoa de 27 de julio de 1998, ponente Domeño Nieto)¹³⁶⁹.

Como se desprende de su dicción literal, este precepto castiga el apoyo a, o la solidaridad moral, espiritual o ideológica con, las acciones terroristas¹³⁷⁰. Se trata, por tanto, de un delito de opinión¹³⁷¹. El legislador pune la expresión de ideas favorables a los delitos de terrorismo y a

aptdo. IV, respecto al delito de negación o justificación del genocidio, previsto en el art. 607.2 CP).

¹³⁶⁸ Así, COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1.136, consideran que con la introducción de este precepto se vuelve a “un concepto de apología menos rígido que el propuesto por el artículo 18”, puesto que, como indica LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 695, en el art. 578 CP “no se exige que la apología constituya incitación directa a delinquir” (respecto al delito previsto en el art. 607.2 CP, véase FEIJOÓ SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, aptdo. IV). Por tanto, la finalidad del art. 578 CP es la de regresar “a la punición de formas de apología distintas a la provocación a un delito, punición que había existido en el CP desde 1980 hasta 1995” (MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 344). Sin embargo, a juicio de REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, p. 129, lo que otorgaba un contenido de injusto relevante penalmente a la apología era limitar la simple adhesión ideológica o intelectual exigiendo el requisito de la incitación directa para la comisión de un delito; requisito que se ha perdido con la redacción del art. 578 CP. Véase, también, DÍEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal ante el terror”.

¹³⁶⁹ Aunque, bajo la vigencia del Código Penal de 1973, tales conductas eran subsumibles en el art. 268. Véase CUERDA-ARNAU, “El nuevo delito político”, pp. 101 ss., sobre distintas, y contradictorias, resoluciones que analizan este precepto.

¹³⁷⁰ Cfr. CUERDA-ARNAU, “Observaciones en torno a las nuevas figuras de la apología”, p. 93; DEL ROSAL BLASCO, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, p. 205; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 195; y REBOLLO VARGAS, “La apología y el presagio de un futuro inmediato de gran sufrimiento”, p. 38; y el ATS de 23 de mayo de 2002 (ponente Andrés Ibáñez).

¹³⁷¹ En este sentido, CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 242; COBO DEL ROSAL, “Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo”, p. 109; LAMARCA PÉREZ, “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”; y TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 19. En la jurisprudencia, véase el ATS de 14 de junio de 2002 (ponente Andrés Ibáñez).

quienes los ejecutan¹³⁷², esto es, criminaliza aquel pensamiento que exalta o justifica la violencia como medio de lucha política¹³⁷³. De este modo, su principal problema es que sanciona la disidencia política públicamente manifestada¹³⁷⁴, por lo que pone en entredicho la libertad de expresión¹³⁷⁵ tanto en su manifestación de libertad individual básica, como en su configuración de elemento conformador de nuestro sistema político democrático. La STC 235/2007, de 7 de noviembre (ponente Gay Montalvo), establece que “el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”.

¹³⁷² En el mismo sentido, véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 906.

¹³⁷³ El art. 578 CP castiga dos conductas distintas: por un lado el enaltecimiento, esto es, la alabanza o el elogio, de los delitos de terrorismo o de sus autores o partícipes; y, por el otro, su justificación, o sea, “establecer conformidad con lo justo” (cfr. la tercera acepción de la palabra justificación según el diccionario de la Real Academia Española; y el AAN de 9 de julio de 2008, ponente Gómez Bermúdez). Como establece RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 71, el elogio y la justificación no pueden considerarse términos equivalentes. A juicio de esta autora, “justificar es un concepto mucho más amplio que elogiar”, pues aunque “toda alabanza implica una justificación, no toda justificación conlleva una alabanza”. Así, respecto a ETA, lo que es subsumible en el art. 578 es la elección públicamente manifestada de la tesis según la cual “la lucha armada de la organización terrorista ETA resulta indispensable para conquistar un derecho de autodeterminación imposible de alcanzar por cauces distintos de los de acción violenta” (STSJ-País Vasco de 31 de marzo de 2004, ponente Saiz Fernández) o la alabanza de sus miembros y colaboradores.

¹³⁷⁴ Como pone de relieve SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 910, “la apología está vinculada al castigo de conductas de signo político”.

¹³⁷⁵ Cfr. CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.050; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1.136; DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, p. 118; GONZÁLEZ GUTIÁN, “La apología en la reforma penal”, p. 398; EL MISMO, “Algunas consideraciones sobre el concepto de apología”, p.286; LAMARCA PÉREZ, “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 215-216; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.504; y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 908.

Téngase en cuenta que los tribunales han considerado subsumibles en el art. 578 CP las siguientes conductas¹³⁷⁶: realizar declaraciones ante una concurrencia de personas y los medios de comunicación en las que el manifestante se propugna e identifica con la tesis de la lucha armada de ETA como cauce necesario para lograr el derecho de autodeterminación¹³⁷⁷; portar el féretro de un terrorista si se conoce que el ataúd está cubierto por una bandera con el anagrama de la banda armada a la que pertenecía¹³⁷⁸; rendir homenaje a un miembro y dirigente de la organización terrorista ETA y defensor e ideólogo de la libre determinación del País Vasco¹³⁷⁹; nombrar hijo predilecto de una ciudad a un presunto integrante de ETA fallecido y hacer actos en su honor (poner bandera a media asta y crespón negro en señal de duelo)¹³⁸⁰; ensalzar a los presos etarras o justificar los crímenes por los que estos sujetos fueron condenados¹³⁸¹; y, portar “dos monigotes o figuras con las imágenes de dos terroristas [presos], con la finalidad de que, aprovechando la celebración de las Fiestas Patronales del municipio y su designación como

¹³⁷⁶ Con anterioridad, pese a que el Código Penal de 1973 castigaba la apología del terrorismo en su art. 216 *bis a*), bajo su vigencia hubo muy pocas condenas (cfr. BELLOCH JULBE, “Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información-terrorismo”, p. 36; DEL ROSAL BLASCO, “La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995”, p. 965; LAMARCA PÉREZ, “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 223-224; MIRA BENAVENT, “El caso del diario ‘Egin’”, pp. 505 ss.; y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 900).

¹³⁷⁷ STSJ-País Vasco de 31 de marzo de 2004 (ponente Saiz Fernández). En concreto, el apologeta realizó las siguientes declaraciones en el entierro de una militante de ETA. Por un lado, solicitó a los asistentes el “aplauzo más caluroso a todos los gudaris (según la propia Sentencia, *gudari* es un apelativo que en euskera significa soldado vasco y que comúnmente se reserva elogiosamente a quienes combaten) que han caído en esa larga lucha por la autodeterminación”. Y, por el otro, en referencia a María Consuelo expresó lo siguiente: “se nos ha ido, a sus 22 años, como tantos gudaris de ETA, con la dignidad silenciosa y la suerte solitaria”; “es la generación nacida en el Estatuto la que se adhiere a la lucha armada para expresar su compromiso político (...) lo que demuestra que generación tras generación y aunque la lucha siga siendo muy dura, ésta pasa de mano en mano”. Sin embargo, hay que poner de relieve que la SAN de 23 de marzo de 2007 (ponente González Pastor) absuelve a dicho sujeto puesto que, pese a considerar que tales hechos son subsumibles en el art. 578 CP, el Ministerio Fiscal retiró la acusación.

¹³⁷⁸ STSJ-País Vasco de 31 de marzo de 2004.

¹³⁷⁹ STS de 20 de junio de 2007 (ponente García Pérez).

¹³⁸⁰ AAP-Guipúzcoa de 26 de mayo de 2004 (ponente Argal Lara).

¹³⁸¹ STS de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García; véase el comentario de LLOBET ANGLÍ, “¿El fin justifica los medios?”).

representantes, otorgarles un puesto de relevancia y un homenaje reivindicativo de su presencia”¹³⁸².

En consecuencia, pues, como afirma CANCIO MELIÁ¹³⁸³, este precepto se aplica en casos de “actos de reafirmación ‘interna’” de ETA, esto es, “de rituales de cohesión del segmento social identificado con la legitimidad” de dicha banda armada.

Ciertamente, la libertad de exponer las propias ideas no es absoluta, sino que tiene límites derivados de otros derechos individuales establecidos en la Constitución¹³⁸⁴: el derecho al honor, a la libertad y a la seguridad de las personas¹³⁸⁵. Por tanto, cuando alguien se manifiesta en favor de las actividades terroristas, como modo de consecución de determinadas metas políticas, hay que analizar si lesiona alguno de estos derechos de un modo tan intenso que legitime la limitación de la libertad de expresión, a través del Derecho Penal de un Estado democrático¹³⁸⁶.

El problema de fondo es, pues, “hasta dónde se puede combatir mediante el Derecho Penal ideologías que amparan, justifican, legitiman o minimizan la comisión de determinados hechos delictivos”¹³⁸⁷. Así, debe determinarse, por un lado, cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos en esta figura delictiva, es decir, qué intenta salvaguardar dicho

¹³⁸² SAN de 29 de julio de 2008 (ponente Poveda Peñas). Sin embargo, absuelve al Alcalde y al Concejal de Cultura presentes en el acto institucional de nombramiento de representantes.

¹³⁸³ CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 237.

¹³⁸⁴ Sobre la posibilidad de establecer un límite al derecho fundamental a la libertad de expresión, si con ello se tutelan bienes jurídicos relevantes cfr. las SSTC 159/1986, de 12 de diciembre (ponente Begué Cantón); y 199/1987, de 16 de diciembre (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer). De este modo, como indica HERNÁNDEZ GIL, “Algunas observaciones sobre el artículo 216 bis a) del Código Penal”, aptdo. I, el derecho a la libertad de expresión “cuenta con límites legales externos, derivados en lo esencial de la infracción de normas penales que protegen determinados bienes jurídicos”.

¹³⁸⁵ La STC 235/2007, de 7 de noviembre (ponente Gay Montalvo), establece que la libre transmisión de ideas no es un derecho absoluto. Así, “de manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de [su] protección (...) la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas”. Igualmente, “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado ‘discurso del odio’”, esto es, a aquél desarrollado en términos que propaguen, inciten o promuevan cualquier forma de odio basado en la intolerancia.

¹³⁸⁶ Puesto que, como establece la STC 235/2007 a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio, su tipificación está legitimada excepcionalmente sin quebranto constitucional de la libertad de expresión **siempre que no se entienda incluida en ella la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo**.

¹³⁸⁷ FEIJOO SANCHEZ, “Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*”, p. 1.187.

precepto; y, por el otro, si tales bienes son merecedores de tutela jurídico-penal desde una óptica liberal¹³⁸⁸.

1. El bien jurídico protegido

A) *En la tradicional figura de la apología*

Tradicionalmente se discutía si el delito de apología era un delito autónomo¹³⁸⁹ o, por el contrario, constituía un acto preparatorio¹³⁹⁰. A saber, se debatía si protegía un bien jurídico propio¹³⁹¹ -partiendo de esta última referencia, un sector de la doctrina lo configuraba como un comportamiento postdelictivo¹³⁹², esto es, una forma de cooperación ideal *ex post facto*¹³⁹³-, o si se conectaba con los bienes tutelados en los delitos enaltecidos, de modo que el objeto de protección no era diferente al de la figura delictiva elogiada¹³⁹⁴. Así, dentro de esta última postura

¹³⁸⁸ Véanse SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 906; y MOCCIA, *La perenne emergenza*, pp. 110-111.

¹³⁸⁹ HERNÁNDEZ GIL, “La apología delictiva”, aptdo. I, considera que la apología no debe confundirse con la provocación.

¹³⁹⁰ Así, la cuestión del bien jurídico también guarda relación, por un lado, con la de la naturaleza de esta figura delictiva: autónoma o preparatoria; y, por el otro, con el objeto de la apología: el delito cometido o el delito por cometer.

¹³⁹¹ En este sentido, GONZÁLEZ GUTIÁN, “La apología en la reforma penal”, pp. 396-397, opina que “la esencia de la apología consiste en crear un *clima* favorable a una futura pero imprecisa ejecución de delitos”, por lo que es más correcta su concepción como delito autónomo, “en cuanto pueda decirse que ese clima mencionado constituye una efectiva lesión de un bien jurídico: la paz pública”. Sin embargo, a su juicio (muy claramente en “Algunas consideraciones sobre el concepto de apología”, pp. 285-286), este delito no debería figurar en el Código Penal.

¹³⁹² CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, p. 71, nota 91; EL MISMO, *Represión penal del terrorismo*, p. 210, pone de relieve que partiendo de la apología como delito autónomo se puede configurar a esta figura como un comportamiento postdelictivo. Así, tal es la postura mantenida por LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pp. 291-292. Desde dicho punto de vista, como indica MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 216, “su gravedad radicaría en acentuar las consecuencias dañosas del terrorismo, en cuanto que contribuye a legitimar la acción delictiva de los grupos terroristas”. Actualmente, la defiende CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 207. En contra, CUERDA-ARNAU, “Observaciones en torno a las nuevas figuras de la apología”, p. 102.

¹³⁹³ MAQUEDA ABREU, “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, p. 19, pone de relieve que desde la perspectiva de la solidaridad moral *ex post*, la apología guarda similitud con el delito de encubrimiento.

¹³⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del *iter criminis*”, p. 154, pone de relieve que “la sanción de la apología no puede fundamentarse más que de tres modos: a) de modo retrospectivo, como comportamiento postdelictivo en conexión con el delito cometido; b) de modo actual, como comportamiento que en sí mismo supone una negación

algunos autores diferenciaban entre la provocación (directa) y la apología (como forma de provocación indirecta)¹³⁹⁵, mientras que otros configuraban a la apología como una especie de provocación (sólo) directa¹³⁹⁶.

B) En el actual art. 578 CP: posibilidades

Actualmente, puesto que la apología descrita en el art. 18.1.II CP se concibe como una clase de provocación directa a delinquir, sólo caben dos soluciones a la cuestión del bien jurídico protegido en el art. 578 CP: por un lado, la de buscar un fundamento autónomo a esta figura¹³⁹⁷, esto es, si la mera opinión positiva o exultante de un acto terrorista o de sus autores o partícipes vulnera un bien jurídico por tener un injusto o una lesividad propios; o, por el otro, la de entender que la adhesión ideológica¹³⁹⁸ a una metodología delictiva se vincula con la comisión de futuras infracciones penales¹³⁹⁹, bien como forma de provocación

simbólica de la norma vulnerada, al reafirmar el delito; e) de modo prospectivo, como acto preparatorio de futuros delitos". Sobre la segunda perspectiva, véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, "La tipificación de conductas de apología del delito", pp. 907 ss., quien analiza la apología como conducta que desestabiliza la norma afectada por el hecho ensalzado. En este sentido, BATISTA GONZÁLEZ, "Provocación y Apología", p. 63, considera que el bien jurídico protegido en la apología lo constituye "el peligro para la confianza en la vigencia de aquéllas normas que garantizan la propia estructura o principios políticos del Estado de Derecho y de las normas que prohíben el empleo de ciertos medios (delictivos) en la vida social y política".

¹³⁹⁵ En este sentido, ARROYO ZAPATERO, "La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo", pp. 394-395; y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, "La apología específica del artículo 268", pp. 297-298. Muy crítico con tal postura GONZÁLEZ GUTIÁN, "Algunas consideraciones sobre el concepto de apología", p. 296.

¹³⁹⁶ En este sentido, CARBONELL MATEU, "Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación", p. 245; y CUERDA-ARNAU, "Observaciones en torno a las nuevas figuras de la apología", p. 109.

¹³⁹⁷ Estas manifestaciones u opiniones políticas o ideológicas tendrían un desvalor autónomo sin ninguna relación de riesgo con futuras lesiones de bienes jurídicos.

¹³⁹⁸ Cfr. REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, p. 129.

¹³⁹⁹ En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, "Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*", p. 1.200, pone de relieve que la negación de un genocidio puede tener una doble relevancia jurídico-penal: bien como atentado directo contra bienes jurídicos personales o bien por su vinculación con el futuro comportamiento delictivo de terceras personas. Por su parte, a juicio de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, "La tipificación de conductas de apología del delito", p. 900, el sentido comunicativo de la apología "es tan relevante o más que la fuerza incitadora que puede desplegar".

indirecta¹⁴⁰⁰ a la ejecución de delitos, bien a través de la cooperación psíquica¹⁴⁰¹ con las actividades delictivas de la organización terrorista¹⁴⁰².

De este modo, existen cuatro posibilidades respecto al bien jurídico tutelado en el art. 578 CP. En primer lugar, la protección autónoma del honor de las víctimas del terrorismo y sus familiares. En segundo lugar, la salvaguarda, también de manera independiente, de la libertad o la seguridad general de las personas, esto es, la paz pública. En tercer lugar, la evitación de aquellas acciones que puedan facilitar la ejecución de futuras infracciones. Así, en este supuesto, el art. 578 CP se configura como una provocación indirecta a la comisión de delitos y el bien jurídico protegido es el mismo que el tutelado por los tipos cuya ejecución se intenta impedir (vida, integridad, libertad, propiedad, etc.)¹⁴⁰³. Por último, la prohibición de las conductas que mantienen alto el ánimo de una organización terrorista, esto es, que le prestan respaldo psicológico. Desde esta perspectiva, pues, dicho delito se configura como una modalidad de complicidad psíquica con las actividades de una banda armada, y también persigue salvaguardar, en última instancia, los bienes personales lesionados por los actos terroristas.

Además, en el trasfondo del castigo de esta conducta se divisa el rechazo o la indignación que determinadas afirmaciones vertidas en el contexto del terrorismo producen al colectivo social. De este modo, a través de su tipificación se expresa a los sujetos que se manifiestan a favor de la violencia para conseguir fines políticos que con tal manera de proceder se convierten en “enemigos morales” del resto de la población.

a) El enemigo moral: Derecho Penal de autor

Ciertamente, las conductas de enaltecimiento o justificación del terrorismo irritan e, incluso, enfurecen al conjunto de la sociedad

¹⁴⁰⁰ Véase DEL ROSAL BLASCO, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, p. 211.

¹⁴⁰¹ Cfr. FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, p. 347.

¹⁴⁰² La STS de 20 de junio de 2007 (ponente García Pérez) pone de relieve que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, “en una sociedad democrática, determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser legítimas y necesarias ante conductas que **puedan incitar a la violencia** o que **puedan provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista**” (negrita añadida).

¹⁴⁰³ En este sentido, la STC 235/2007, de 7 de noviembre (ponente Gay Montalvo), considera que sólo resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas de justificación del genocidio que supongan una incitación indirecta a su comisión o provoquen de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia.

democrática. ¿Cómo es posible, por ejemplo, que alguien haga un brindis para celebrar la muerte de seres humanos por acciones terroristas?¹⁴⁰⁴ ¿O que un ayuntamiento dedique una plaza o una calle a la memoria de un asesino?¹⁴⁰⁵ Sin embargo, si sólo se atendiese a tales sentimientos de rechazo se estarían convirtiendo conductas moralmente reprochables para la mayoría en delito¹⁴⁰⁶, lo que no es aceptable en un Estado democrático¹⁴⁰⁷, especialmente, en el campo de los comportamientos políticos¹⁴⁰⁸. Puesto que nuestro sistema de gobierno se basa en el pluralismo político¹⁴⁰⁹, el espacio de la disidencia o discrepancia no puede quedar reducido por razón de la superioridad de ciertos valores fundamentales¹⁴¹⁰, aunque estos inspiren la convivencia democrática¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁴ En la discusión parlamentaria sobre el proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, el Ministro de Justicia de entonces, Sr. Michavila, alegó lo siguiente: esta es una ley para que los asesinos sepan “que nuestro Estado de derecho no va a ser indiferente a aquellos terroristas que estando en la cárcel celebran, incluso brindando con champán, los asesinatos que comete la banda terrorista” (cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria nº 232, 6 de marzo de 2003, p. 11.859).

¹⁴⁰⁵ Como pone de relieve CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 241, “resulta insoportable contemplar los actos públicos de reafirmación de los partidarios de ETA”.

¹⁴⁰⁶ Como indica VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, pp. 19 ss., “la mayoría que se indigna no tiene derecho a exigir que se reprima el comportamiento que reprueba”. Y, es que, ciertamente, “es tan perjudicial, o aún más, la coacción impuesta de acuerdo con la opinión pública que la que se ejerce en contra de ella” (así, MILL, *Sobre la libertad y otros escritos*, p. 56).

¹⁴⁰⁷ En el mismo sentido, RAMOS VÁZQUEZ, “Terrorismo e intervención penal”, p. 119, pone de relieve que “lo ‘socialmente reprochable’ y lo ‘penalmente reprochable’ no son conceptos equivalentes”; Díez RIPOLLÉS, “El Derecho penal ante el terror”, afirma que “las leyes penales no son el mejor instrumento para acabar con la vileza moral o las actitudes canallas de ciertos ciudadanos”; y GONZÁLEZ GUTIÁN, “Algunas consideraciones sobre el concepto de apología”, p.286, opina que “por muy reprobable que, desde un punto de vista ético, pueda parecer el elogio de un delito, lo que no es más que una mera opinión no debe formar parte del catálogo de delitos que integra un texto punitivo”. Por su parte, respecto al delito de apología del genocidio del art. 607.2 CP, CUERDA-ARNAU, “El denominado delito de apología del genocidio”, p. 85; y LAURENZO COPELLO, “Marco jurídico-penal del derecho a no ser discriminado”, p. 264, también consideran que “el legislador no ha trazado adecuadamente el límite entre lo éticamente reprobable y lo socialmente dañoso”.

¹⁴⁰⁸ Sobre esta cuestión, véase VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, p. 18.

¹⁴⁰⁹ Cfr. el art. 1 CE.

¹⁴¹⁰ Véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, p. 317. Así, como indica MUÑOZ CONDE, “La generalización del Derecho Penal de excepción”, p. 49, “no se puede criminalizar ninguna ideología o discrepancia puramente política, por más que esté muy alejada de los patrones políticos o culturales dominantes en nuestras áreas de cultura jurídica y política”.

Así, pues, es necesario que el objeto de tutela del art. 578 CP sea algo más que la moral predominante en una sociedad¹⁴¹², por mucho que determinadas opciones ideológicas y políticas indignen, produzcan perplejidad o alteren nuestra sensibilidad¹⁴¹³. El Derecho Penal no puede usarse simplemente para mantener el sistema imperante de valores ni para imponer actitudes morales, y la dañosidad social ha de predicarse más allá de meras opiniones¹⁴¹⁴. Por tanto, señalar a determinados sujetos como

¹⁴¹¹ Como establece la STC 235/2007, de 7 de noviembre (ponente Gay Montalvo), “al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático”. Así, la Constitución “protege también a quienes la niegan.” Por ello, “la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”.

¹⁴¹² Ciertamente, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no es de mucha utilidad a la hora de establecer qué bienes merecen tutela penal y cuáles no. A saber, la tarea más difícil no consiste en encontrar bienes protegibles, sino en decidir cuáles de los previamente configurados (medio ambiente, seguridad en el tránsito, sistema económico, etc.) son de tal entidad que su protección mediante el Derecho Penal es legítima (en este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 806, indica que la teoría del bien jurídico “sólo puede aportar información sobre qué proteger”, pero no “sobre cómo, cuándo y hasta dónde proteger ese objeto de tutela”. Así, una vez configurado un bien jurídico, la decisión sobre su tutela penal o no queda al margen de aquel principio. Se trata de cuestiones de necesidad (en el mismo sentido, LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, pp. 242-243; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 159 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, pp. 267 ss.) y merecimiento (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 812). Ahora bien, al menos, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sirve para determinar que “el bien jurídico ha de constituir un límite al castigo de la inmoralidad en los sistemas democráticos” (así, VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, p. 26; Díez RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, pp. 17-18; EL MISMO, “La contextualización del bien jurídico protegido”, pp. 34 ss.). Por el contrario, es de otra opinión FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 824 ss., para quien la referencia al bien jurídico no evita que las leyes protejan exclusivamente determinadas opciones ideológicas, religiosas, morales o políticas”, puesto que existen “muchos ejemplos en el Derecho vigente en los que las normas tienen que ver con la corrección política”. Así, se han introducido junto a verdaderos bienes jurídicos la protección de ciertos elementos esenciales de la vida social o una convivencia pacífica basados en la moralidad imperante.

¹⁴¹³ Aunque, según la exposición de motivos de la LO 7/2003, aptdo. III, las conductas de enaltecimiento y justificación del terrorismo “producen perplejidad e indignación en la sociedad”, por lo que merecen un claro reproche moral.

¹⁴¹⁴ Cfr. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 223, siguiendo a GONZÁLEZ GUITÁN; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 827; y LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, p. 352. Así, como establece la STC 235/2007, de 7 de noviembre (ponente Gay Montalvo), en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”.

autores de un delito por su posicionamiento moral evoca a un Derecho Penal de autor¹⁴¹⁵ y a una configuración del Derecho Penal del enemigo no ya como “sujeto-enemigo peligroso” sino como “sujeto-enemigo amoral”¹⁴¹⁶. Mediante la tipificación de conductas de adhesión o ratificación del delito cometido se persigue la “tabuización o aislamiento de los eventuales *autores*”, esto es, la exclusión de los otros¹⁴¹⁷.

Así, por ejemplo, de aceptarse la modalidad de terrorismo de Estado, la alabanza del fallecido dictador chileno Augusto Pinochet Ugarte por parte de su nieto podría considerarse delictiva. Augusto Pinochet Molina, capitán en activo del ejército chileno, pronunció en la ceremonia de entierro de su abuelo un discurso político en el que le alabó “por haber derrotado ‘el modelo marxista no mediante el voto, sino más bien, derechamente por el medio armado’”¹⁴¹⁸. Sin embargo, aunque ciertamente tal conducta es susceptible de indignar a las víctimas de la dictadura y a sus familiares —y, a la sociedad en general—, la opción política de quienes, ideológicamente, justifican, apoyan y enaltecen a Pinochet no puede considerarse delictiva en un Estado democrático.

Sea como fuere, el art. 578 CP protege algo más que la moralidad social imperante, esto es, no hay déficit de bien jurídico¹⁴¹⁹. De este modo, si bien tal afirmación no significa que los posibles bienes tutelados deban

¹⁴¹⁵ En este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 897, pone de relieve que este delito “participa de la lógica del Derecho penal de autor por cuanto determinados sujetos se ven etiquetados como criminales cuando lo que han hecho es ejercer el derecho a la libertad de expresión, sin lesionar a nadie directamente, ni hacer surgir la decisión de cometer un delito”.

¹⁴¹⁶ Como pone de relieve CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 51, “utilizar en beneficio propio la dialéctica terrorismo-antiterrorismo”, la cual “invade absolutamente la vida política”, conlleva que “el círculo de *enemigos* se acrecient[el] hasta alcanzar a todo discrepante”. También en CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER, “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, p. 188.

¹⁴¹⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, *passim*, p. 905, lo que a su juicio resulta inviable por contradecir postulados básicos del principio de culpabilidad, y p. 915.

¹⁴¹⁸ Cfr. las noticias aparecidas en *El País* de 13 y 14 de diciembre de 2006. De hecho, el ejército lo expulsó de sus filas “por salirse del protocolo y expresar contenidos que no representan a la institución”.

¹⁴¹⁹ En el mismo sentido, CUERDA-ARNAU, “El nuevo delito político”, p. 117. Y, es que, como indica ARROYO ZAPATERO, “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo”, p. 394, si la única razón para castigar la apología estriba “en la consideración de que no debe permanecer impune el elogio de un hecho que la sociedad considera como intolerable desde el momento en que lo ha tipificado como delito”, dicha punición “obedecería tan sólo a la tutela del orden moral”, por lo que “la intervención del Derecho penal violentaría el dogma del bien jurídico”.

tener relevancia penal, dicho análisis se sitúa en un segundo nivel, después de constatar su existencia¹⁴²⁰. Veámoslo.

b) El honor de las víctimas del terrorismo o de sus familiares

En primer lugar, pues, puede configurarse el bien jurídico protegido en el art. 578 CP de manera autónoma y establecer que con esta modalidad delictiva se protege el honor del colectivo que más directamente sufre las consecuencias lesivas del terrorismo: las víctimas y sus familiares, que sienten lesionada su dignidad a raíz de determinados actos o comentarios en favor de tal actividad¹⁴²¹. De hecho, la segunda conducta típica descrita en el mismo precepto castiga de modo expreso los actos que atenten contra el honor y la dignidad de las víctimas del terrorismo o de sus parientes¹⁴²². No obstante, este bien jurídico, a saber, el honor de un

¹⁴²⁰ Por el contrario, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 831, parece opinar que el delito descrito en el art. 578 CP no castiga ninguna conducta que afecte a otros ámbitos de organización reconocidos por el ordenamiento jurídico, más allá de la infracción contraria a la ética dominante; y, a juicio de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, pp. 913-914, la sanción de la apología tiene carácter simbólico puesto que es un “*instrumento contrafáctico de reafirmación de normas*”.

¹⁴²¹ En este sentido, BENLLOCH PETIT, “El Derecho penal ante el conflicto político”, p. 203, considera que la sanción de “la exaltación del terrorismo resulta legítima si se entiende como forma de injurias colectivas”. También RAMOS GONZÁLEZ/LUNA YERGA, “RAMOS GONZÁLEZ/LUNA YERGA, “Comentario a la Sentencia de 5 de junio de 2003”, p. 290, ponen como ejemplo de delito que deshonra y descalifica a grupos o colectivos citan el delito de apología del art. 578 CP. Por su parte, CUERDA-ARNAU, “El denominado delito de apología del genocidio”, pp. 81, 83 y 114-115, considera que el art. 607.2 CP, conocido como apología del genocidio, pretende combatir tanto “la proliferación de ideas que fomentan la intolerancia y el racismo y pueden ser el pórtico de la violencia”, como evitar “herir la sensibilidad de quienes históricamente fueron víctimas del genocidio y, en general, de todos los ciudadanos sensatos”, por lo que se trata de un delito pluriofensivo (también la SJP n° 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998, caso “librería Europa”, pone de relieve esta pluralidad de bien jurídico: el ataque a la dignidad humana del grupo social o étnico perseguido, por un lado; y, por el otro, la generación de un clima de violencia y hostilidad que podría concretarse en actos específicos de violencia ejecutados por terceros).

¹⁴²² Según la doctrina, esta modalidad típica protege el honor y la dignidad de tales personas: cfr. BENLLOCH PETIT, “El Derecho penal ante el conflicto político”, p. 203; BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000”, aptdo. II; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, p. 163; CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 52; CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER, “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, pp. 188-189; Díez RIPOLLÉS, “El Derecho penal ante el terror”; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2.629; LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, aptdo. III; MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, p. 262; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p.

colectivo, ¿es merecedor de tutela jurídico-penal cuando se lesiona mediante la expresión de una **ideología política** determinada¹⁴²³?

Ciertamente, el legislador ha decidido dar relevancia penal al honor de un grupo tipificando conductas constitutivas de injurias colectivas¹⁴²⁴. Así, de modo expreso, el art. 510.2 CP castiga a quienes “*con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía*”. Además, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo o de sus familiares (art. 578 CP *in fine*) tanto pueden afectar a una persona concreta como a todo el colectivo de sujetos pasivos –por ejemplo, quemando un monumento dedicado a su memoria-¹⁴²⁵.

912; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.504; y RAMOS VÁZQUEZ, “Terrorismo e intervención penal”, p. 117. Por su parte, según los tribunales, “el bien jurídico protegido en estos casos, es el honor de las víctimas de delitos terroristas o de sus familiares, entendido en un sentido objetivo como notoriedad social, imagen pública, fama o reputación, y en sentido subjetivo, como conciencia y sentimiento del individuo de su valía y prestigio” (AAN de 9 de julio de 2008, ponente Gómez Bermúdez).

¹⁴²³ Así, por ejemplo, CARMONA SALGADO, “Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor”, p. 579, considera que es peligroso para la libertad de expresión y la crítica política, hacer extensivo el honor a las personas jurídicas de sustrato personal.

¹⁴²⁴ En este sentido, la STC 214/1991, de 11 de noviembre (ponente Gimeno Sendra), en el conocido caso “Violeta Friedman”, admite que también es posible apreciar lesión del derecho al honor cuando “aún tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas, más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes”, siempre que “éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad” (insiste en las mismas ideas la posterior STC 176/1995, de 11 de diciembre, ponente Mendizábal Allende, caso “tebeo ‘Hitler-SS’”). Por tanto, el Tribunal Constitucional admite la figura de la difamación de grupo, por lo que no limita la titularidad del derecho al honor a las personas individuales (SALVADOR CODERCH, *El Derecho de la libertad*, p. 35). Es más, en la doctrina civilista RAMOS GONZÁLEZ/LUNA YERGA, “Comentario a la Sentencia de 5 de junio de 2003”, pp. 289-290, opinan que “sólo la certeza de la persecución penal y de oficio de la difamación de grupo (...) pone freno al lenguaje de quienes, (...), deshonran y descalifican a grupos”. Además, los citados autores ponen de relieve que “en los Estados Unidos la difamación de grupos constituidos por minorías raciales, religiosas y políticas sólo es perseguible por la vía penal, no por la civil (...), o que en Alemania, el *Strafgesetzbuch* reconoce la figura penal paralela a la difamación de grupos en sede de injurias”). En general, sobre la injuria colectiva, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, “Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*”, p. 1.193-1.194.

¹⁴²⁵ En este sentido, la STS de 17 de julio de 2007 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre), establece que el art. 578 *in fine* CP no se limita a proteger la dignidad o el honor de una persona individual, sino que los comportamientos típicos también pueden referirse a un colectivo o generalidad de afectados.

Ahora bien, en las dos figuras mencionadas el acto injurioso no es consecuencia de la mera **disidencia política**¹⁴²⁶. Por el contrario, si el art. 578 CP pretende proteger el honor de un colectivo lo hace a costa de limitar la manifestación de determinados posicionamientos político-ideológicos, lo que no es legítimo en un Estado democrático por mucho que afecte a un determinado colectivo (o a una persona a título individual). “Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar [ideas] diversas e incluso contrapuestas”¹⁴²⁷. Así, es el ofendido quien tiene que cargar con los agravios que pueda sentir a partir de determinadas opiniones, no el disidente¹⁴²⁸. En consecuencia, pues, justificar la violencia como medio para alcanzar metas políticas, o enaltecer a sus autores por considerarlos combatientes por la libertad son conductas perfectamente legítimas aunque resulten ofensivas¹⁴²⁹.

Otra opinión puede leerse en la STEDH de 2 de octubre de 2008, asunto *Leroy v. France* (nº de demanda 36109/03). En el caso enjuiciado por esta Sentencia, un ciudadano francés, caricaturista de profesión, publicó, tras los atentados del 11-S, un dibujo en el que parodiaba el ataque terrorista bajo el lema “*We have all dreamt of it... Hamas did it*” (“Todos hemos soñado alguna vez con ello, Hamas lo hizo”). Por estos hechos, el autor de la obra y el director del periódico fueron condenados por un delito de aprobación y complicidad del terrorismo a una multa de 1.500€ cada uno, por lo que recurrieron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando, en lo que aquí interesa, violación del art. 10 CEDH (libertad de expresión). Sin embargo, el Tribunal concluye que no existe vulneración de tal derecho, puesto que la caricatura, publicada dos días después del atentado, constituye para las víctimas y sus familiares un atentado a su dignidad y respeto.

¹⁴²⁶ Respecto a la disidencia histórica, cfr. la apología del genocidio (art. 607.2 CP) y la STC 235/2007, de 7 de noviembre (ponente Gay Montalvo), la cual declara inconstitucional la negación del genocidio pero no su justificación.

¹⁴²⁷ Cfr. la STC 235/2007.

¹⁴²⁸ Así, por ejemplo, CUERDA-ARNAU, “El denominado delito de apología del genocidio”, p. 116, rechaza la tipificación de la apología del genocidio.

¹⁴²⁹ En este sentido, la STC 235/2007 establece que “la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe sociedad democrática”.

c) Delito de clima como injusto autónomo contra la seguridad colectiva o la paz pública

En segundo lugar, el art. 578 CP puede explicarse desde la óptica de los denominados “delitos de clima”¹⁴³⁰, los cuales protegen la paz pública¹⁴³¹, tanto desde su dimensión subjetiva, esto es, el sentimiento colectivo de seguridad¹⁴³², como desde su dimensión objetiva, es decir, aquella situación de estabilidad social¹⁴³³: un clima que no incite al delito o a la violencia¹⁴³⁴.

Desde esta perspectiva, es posible considerar que las conductas de enaltecimiento y justificación colaboran con el mantenimiento del clima de alarma y miedo¹⁴³⁵ que persigue de manera inmediata el terrorismo para alcanzar sus finalidades últimas¹⁴³⁶. Determinadas manifestaciones en su apoyo dan lugar a un “efecto amenaza”¹⁴³⁷ en la sociedad, es decir, perturban su sentimiento de seguridad, puesto que las expresiones de solidaridad moral o anímica podrían llegar a generar un “efecto multiplicador”¹⁴³⁸ de delitos de tal naturaleza¹⁴³⁹.

¹⁴³⁰ Sobre estos delitos, véase JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, pp. 319 ss.; y LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, pp. 395 ss., respecto al delito de provocación al odio, la discriminación y la violencia de determinados colectivos (art. 510.1 CP), con ulteriores referencias de la doctrina alemana.

¹⁴³¹ Respecto al delito de apología del genocidio, FEIJOÓ SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, aptdos. IV y VI, considera que tal figura protege la paz pública. Sin embargo, también desde esta perspectiva cree que no es legítima su tipificación.

¹⁴³² En este sentido, RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo, passim*, p. 82, afirma que los comportamientos de alabanza provocan “un terror en la sociedad similar al que provoca el coche bomba, que crean un clima constante de tensión, de miedo y de imposibilidad de ejercitar los derechos fundamentales de los que todos somos titulares”, y p. 86.

¹⁴³³ Sobre ambas perspectivas, véase FEIJOÓ SÁNCHEZ, “Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*”, pp. 1.195-1-196.

¹⁴³⁴ FEIJOO SANCHEZ, “Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*”, p. 1.202.

¹⁴³⁵ Así, ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad”, p. 48, texto y nota 43, hace referencia a que las conductas descritas en el art. 578 CP “favorecen el ‘clima’ intimidatorio creado por” el terrorismo.

¹⁴³⁶ En este sentido, la exposición de motivos de la LO 7/2003, aptdo. III, establece que el art. 578 CP quiere evitar “el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas”.

¹⁴³⁷ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, p. 323.

¹⁴³⁸ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, p. 296.

¹⁴³⁹ Por un lado, podrían conllevar el surgimiento de nuevos adeptos que en el futuro podrían perpetrar delitos de terrorismo (bien como integrantes, bien como colaboradores de dichas bandas armadas). En este punto, MAQUEDA ABREU, “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, p. 27, pone de relieve que todo lo más que puede imputarse a la apología es su capacidad objetiva de generar adhesiones. Sin embargo, a su juicio, “castigar en razón a ello, supone un avance peligroso del control

Así, la posibilidad de que la alabanza o la aprobación del terrorismo puedan crear el “caldo de cultivo”¹⁴⁴⁰ idóneo para que las acciones dañosas para la población se multipliquen¹⁴⁴¹, hace que el desasosiego e intranquilidad entre la ciudadanía crezcan¹⁴⁴². En definitiva, pues, la paz pública¹⁴⁴³ resulta lesionada por la creación de un clima en el que podrían prosperar delitos de la misma índole que el que ha sido objeto de aprobación¹⁴⁴⁴.

d) Delito de clima como injusto preparatorio: la incitación indirecta a la comisión de delitos

Pese a que la doctrina mayoritaria configura los delitos de clima como injustos autónomos que atacan la paz pública, la generación de estados propicios a la comisión de futuras infracciones también puede explicarse como injusto preparatorio. Desde esta perspectiva, pues, el adelantamiento de las barreras de punición tiene un fundamento distinto: mientras que, en tal supuesto, el comportamiento delictivo se anticipa a la lesión de un bien jurídico, en el anterior lo que se avanza es la propia lesión de un bien jurídico¹⁴⁴⁵.

jurídico penal en detrimento del ejercicio de libertades fundamentales, como la de expresión, y la quiebra, por tanto, de las reglas de juego propias de un Estado de Derecho”. Por el otro lado, podrían conllevar que se multiplicasen las conductas de terrorismo por parte de quienes ya son adeptos, al sentirse más “arropados”.

¹⁴⁴⁰ En este sentido, la SAN de 29 de julio de 2008 (ponente Poveda Peñas) hace referencia a que el enaltecimiento y la justificación de los terroristas “sirve de germen para la adhesión a su causa y a la posibilidad de tener que necesitar la utilización de medios violentos contra el Estado de Derecho”.

¹⁴⁴¹ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, p. 296.

¹⁴⁴² Es crítico con esta postura FEIJÓO SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, aptdo. IV.

¹⁴⁴³ En este sentido, GONZÁLEZ GUTIÁN, “La apología en la reforma penal”, p. 385.

¹⁴⁴⁴ JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 314. Así, según FEIJÓO SÁNCHEZ, “Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*”, p. 1.211, el art. 578 CP tipifica un delito de clima que debería estar ubicado y ser tratado, dogmática y críticamente, como un especial delito contra el orden público frente al fenómeno del terrorismo (al igual que los arts. 510 y 607.2 CP; también LAMARCA PÉREZ, “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”, considera que estos dos delitos son similares al contenido en el art. 578 CP).

¹⁴⁴⁵ Cfr. JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 313.

Así, las conductas de enaltecimiento y justificación de los delitos de terrorismo constituirían incitaciones indirectas¹⁴⁴⁶ a la comisión de futuros delitos, por lo que el art. 578 CP protegería los bienes jurídicos individuales atacados por la actividad terrorista: vida, integridad, libertad, etc., pero no la paz pública¹⁴⁴⁷. Dichas manifestaciones supondrían un peligro en relación con posibles lesiones futuras de intereses personales, puesto que podrían¹⁴⁴⁸ incitar a terceros a la comisión de delitos¹⁴⁴⁹ (habría un componente preventivo)¹⁴⁵⁰.

e) Críticas a los delitos de clima

Dicho lo anterior, el principal problema de considerar que el delito tipificado en el art. 578 CP es un delito de clima, ya como injusto autónomo, ya como injusto preparatorio¹⁴⁵¹, reside en que se está restando capacidad de autonomía al individuo transfiriéndola al Estado. Es decir, puesto que en última instancia son sus representantes quienes deciden acerca de si los ciudadanos de una democracia deben conocer o

¹⁴⁴⁶ En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000”, apdo. II, considera que el art. 578 CP describe un acto de incitación indirecto que provoca el mantenimiento del estado de cosas general de la lucha armada, que sólo sería punible si “esa conducta genera una situación potencialmente peligrosa, la cual debe deducirse del contenido de los mensajes, de las circunstancias de las manifestaciones, de los medios de difusión, etc.”. También CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, p. 74; EL MISMO, “El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores”, considera que el legislador ha configurado este precepto como forma de incitación indirecta. Por el contrario, a juicio de CUERDA-ARNAU, “El nuevo delito político”, p. 107, la tesis de configurar el art. 578 CP como una incitación indirecta a delinquir no se ajusta ni al texto de la ley, ni a la voluntad legislativa.

¹⁴⁴⁷ En cambio, GONZÁLEZ GUTIÁN, “La apología en la reforma penal”, p. 385, considera que la incitación indirecta a cometer delitos protege la paz pública, no los bienes jurídicos personales que podrían resultar lesionados en el futuro, como consecuencia de la conducta apologética.

¹⁴⁴⁸ Obsérvese como así habría suficiente con relaciones de probabilidad o con puras relaciones normativas de sentido (cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 98).

¹⁴⁴⁹ En este sentido, el ATC 4/2008, de 9 de enero, que inadmite a trámite el recurso de Iñaki de Juana Chaos por amenazas y apología del terrorismo, establece que la tipificación de esta figura es legítima siempre que el enaltecimiento o la justificación opere como incitación indirecta a la comisión de delitos.

¹⁴⁵⁰ Sin embargo, según SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 905, las conductas de adhesión, entre las que se ubican el enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo, son difícilmente explicables “desde los parámetros de la provocación o de la creación de un clímax delictivo”.

¹⁴⁵¹ Desde esta perspectiva, DEL ROSAL BLASCO, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, p. 211, rechaza la posibilidad de incriminar la apología puesto que ésta consiste en una incitación indirecta a realizar un hecho delictivo.

no determinadas clases de ideas, creencias o razones¹⁴⁵², se demuestra la desconfianza en la sociedad para formar sus propias convicciones¹⁴⁵³. Así, se trata a sus miembros como niños o seres inmaduros “necesitados de una protección impropia de un sujeto adulto y responsable”¹⁴⁵⁴.

Ahora bien, en un orden político en el que rige el principio de soberanía popular tiene que presuponerse una comunidad de sujetos autónomos, esto es, “de seres que se rigen por su razón y, en consecuencia, han de ser capaces de decidir correctamente por sí mismos, examinado todos los argumentos, incluso los que presuntamente conducen a una solución incorrecta”¹⁴⁵⁵. De este modo, si una tercera persona decide delinquir voluntariamente con base en manifestaciones de otros que son producto de la libertad de expresión y del pluralismo político propios de un Estado democrático, se “rompe el nexo de imputación entre la expresión y el daño”¹⁴⁵⁶. De hecho, la mayoría de sujetos deciden no cometer delitos pese a ser receptores de las mismas manifestaciones¹⁴⁵⁷; y si, por el contrario, el destinatario del mensaje toma la decisión de llevar a cabo conductas delictivas lo hace bajo su responsabilidad¹⁴⁵⁸. Además, los tribunales nunca han vinculado el enaltecimiento o la justificación del terrorismo con un delito de resultado concreto, es decir, no han acusado

1452 VIVES ANTON, “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, p. 288; EL MISMO, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, p. 41. En Alemania, JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 319.

1453 En este sentido, CUERDA-ARNAU, “El denominado delito de apología del genocidio”, p. 117; y VIVES ANTON, “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, p. 288; EL MISMO, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, p. 42.

1454 LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, p. 328.

1455 VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, p. 41.

1456 VIVES ANTON, “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, p. 288, texto y nota 19; EL MISMO, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, p. 41, texto y nota 50. Véase, también, FEIJÓO SÁNCHEZ, “Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*”, p. 1.203-1.204.

1457 VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, p. 41.

1458 Así, JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 319, con la excepción de niños o personas en situación de inferioridad. En el mismo sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, “Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*”, pp. 1.203-1.204, señala que “es un problema (incumbencia) de los receptores del mensaje cómo deben procesar determinadas informaciones si éstas carecen de un claro sentido delictivo”. Por tanto, “la única forma de fundamentar materialmente un injusto penal en estos casos sería entendiendo estas tipificaciones específicas como tipos de corrupción o protectores de la infancia y la juventud”.

ni condenado a los apologetas como inductores o por cooperación psíquica en una infracción específica¹⁴⁵⁹.

En definitiva, pues, ya que la aprobación de delitos y la exaltación de sus autores sólo pueden tener consecuencias nocivas si alguien se deja impresionar por tales ideas¹⁴⁶⁰, es este sujeto el único que tiene que ser responsable cuando reproduzca la conducta alabada o justificada¹⁴⁶¹. De

¹⁴⁵⁹ En este sentido, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, “Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*”, p. 1.201, respecto a la negación del genocidio.

¹⁴⁶⁰ JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, p. 319.

¹⁴⁶¹ JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, pp. 321-322, considera que sólo puede justificarse la protección del “clima” en “tiempos de crisis de legitimación”, como, por ejemplo, en los primeros años tras la finalización del dominio nacional-socialista respecto a la aprobación de sus actos de violencia. Así, existen determinados contextos sociales o históricos que pueden hacer creíble un “efecto amenaza coactivo” (en España, sigue este criterio, respecto al art. 510.1 CP, LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, pp. 355 ss.). Desde esta perspectiva, pues, podría argüirse que la situación social del País Vasco es extrema, lo que legitimaría el castigo del enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos por ETA. Sin embargo, lo que entonces no se explica es que el art. 578 CP se introdujera en nuestro ordenamiento en el año 2000, momento en el que habían disminuido los delitos de sangre respecto a otras épocas (en el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho Penal’ del enemigo?”, p. 130, nota 83). De hecho, en el año anterior no hubo ninguna víctima mortal asesinada por ETA (véase en la página web de la Fundación Víctimas del Terrorismo el siguiente enlace: http://www2.fundacionvt.org/index.php?option=com_dbquery&Itemid=82&task=ExecuteQuery&qid=1&previousTask=, última fecha de visita el 13 de octubre de 2008, en el que aparecen el número de víctimas mortales del terrorismo de ETA por año: 1978-65; 1979-76; 1980-89; 1981-30; 1982-36; 1983-32; 1984-32; 1985-37; 1986-43; 1987-52; 1988-21; 1989-19; 1990-25; 1991-46; 1992-26; 1993-14; 1994-12; 1995-15; 1996-5; 1997-13; 1998-6; 1999-0; 2000-23; 2001-15; 2002-5; 2003-3; 2004-0; 2005-0; 2006-2). Por tanto, como se pregunta REDONDO ILLESCAS, “La delincuencia y su control: realidades y fantasías”, p. 320, “¿no debería haber algún tipo de indicación social –desde una perspectiva científica– que llegara a postular la idea racional y sensata de que si la delincuencia no aumenta, tampoco debería aumentar el control?”. Sin embargo, esta práctica es habitual en el ámbito de los delitos de terrorismo. Así, como indica CANCIO MELIÁ, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo*, p. 6, “en un momento en el que la intensidad de las acciones terroristas es un pálido reflejo de lo que fue en los años setenta y ochenta del siglo pasado, hoy, que llueve mucho menos, es el momento en el que diversos paraguas de ‘Derecho penal’ del enemigo se han incorporado a la legislación y a la praxis del Derecho penal antiterrorista español”. En este sentido –y en relación con la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas–, MUÑOZ CONDE, “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, afirma que “si ni en los años más duros del franquismo se llegó a proponer el cumplimiento efectivo de penas de prisión de 40 años de duración, no se entiende muy bien por qué en un momento en que el problema del terrorismo no es más amenazante que en otras épocas se propone una reforma mucho más severa”. También ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 250, pone de relieve que mientras el terrorismo interno de ETA producía los más brutales crímenes de su historia, se consolidó “una jurisprudencia de convincente

aquí, que sólo sea legítimo el castigo de la apología cuando se exprese como forma de provocación directa a la comisión de delitos¹⁴⁶² (art. 18.1 II CP). Sin embargo, obsérvese como en esta configuración de tal figura no se está castigando la exposición de determinadas ideas o doctrinas en sí, fruto de la libertad de expresión y la disidencia política, sino la resolución criminal que trasciende del sujeto aislado para comunicarse a otros¹⁴⁶³.

Por tanto, hay que distinguir entre “la *apología de la ideología*, que se vería amparada por el efecto de irradiación del derecho a la libertad de expresión, y la *apología de la ejecución delictiva*”¹⁴⁶⁴: ésta requiere, en el plano objetivo, la idoneidad para hacer surgir una decisión delictiva; y, en el plano subjetivo, el dolo apologeta tiene que abarcar no sólo el ensalzamiento o justificación del crimen o del autor, sino también el propio aspecto incitador¹⁴⁶⁵.

De nuevo, por tanto, no se trata de desmerecer el sentimiento de seguridad colectiva¹⁴⁶⁶, sino de no dar prevalencia a un estado de tranquilidad general a costa de la libertad a expresar libremente una ideología política, por muy deleznable que sea¹⁴⁶⁷.

solidez garantista”, tendencia que se ha invertido a partir del año 2000. Por tanto, de modo general, la variación del contenido de las leyes penales no tiene nada que ver con la alteraciones que experimente el número de hechos terroristas (cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española”, p. 92).

¹⁴⁶² Como apunta RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 38, “la consideración de la apología como provocación únicamente puede encontrar su fundamento en la necesidad de justificar la sanción”.

¹⁴⁶³ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 340.

¹⁴⁶⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del *iter criminis*”, p. 155, citando la STS de 4 de julio de 1994 (ponente Bacigalupo Zapater).

¹⁴⁶⁵ Así, SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del *iter criminis*”, p. 156.

¹⁴⁶⁶ Téngase en cuenta que el art. 170 CP, dentro del título dedicado a las amenazas, tipifica dos conductas que, relacionadas con el terrorismo, atentan contra tal sensación de inseguridad general. A saber, su primer apartado castiga las amenazas graves de un mal que constituya delito “*dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas*”; y, el segundo apartado sanciona la reclamación pública de “*la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*”, siempre que también persigan el fin de atemorizar a tales colectivos.

¹⁴⁶⁷ Como establece GÓMEZ BENÍTEZ, “Crítica de la política penal de orden público”, p. 52, “la política penal de ‘orden público’ produce, en primer lugar, una difusa red de protección frente al disenso político”.

f) Excurso: la inocuización de sujetos peligrosos

Simplificando lo dicho en los apartados anteriores, como delito de clima el art. 578 CP estaría llamado a prevenir la ejecución de conductas delictivas realizadas por terceras personas. Ahora bien, muy cerca de esta concepción se sitúa la presunción de peligrosidad de quien realiza las declaraciones de enaltecimiento o justificación del terrorismo, puesto que en el futuro podría pasar del dicho al hecho. Es decir, el razonamiento es el siguiente: puesto que tal sujeto se está manifestando como peligroso a través de sus manifestaciones, lo mejor es “apartarlo de circulación” antes de que pueda ejecutar los delitos que hasta el momento sólo alaba o justifica.

Sin embargo, esta perspectiva nos sitúa en la órbita del Derecho Penal de autor, ya que permite castigar a quienes profesan una ideología afín a opciones radicales y violentas para así no correr con el riesgo de su libertad¹⁴⁶⁸. De este modo, debido a que se esconde bajo una pena lo que en realidad constituye una medida de seguridad predelictual, dicho planteamiento no puede fundamentar legítimamente la tipificación del art. 578 CP.

g) La cooperación psíquica con las actividades de una banda armada terrorista

Por último, también es posible vincular las conductas apologéticas con el peligro de que la propia banda armada siga desempeñando su actividad delictiva. Es decir, del mismo modo que en la doctrina se acepta la figura de la cooperación psíquica (o moral) y no sólo la material¹⁴⁶⁹, puede argumentarse que los actos de apoyo ideológico a una organización terrorista refuerzan el convencimiento de que su conducta violenta está justificada y, por tanto, le animan a continuar con su campaña criminal¹⁴⁷⁰: se configura, en definitiva, un sustrato alentador del terrorismo¹⁴⁷¹. Desde esta perspectiva, pues, tales sujetos se convierten en

¹⁴⁶⁸ Así, pues, este sería un ejemplo de “absolutización” del fin de eficacia (cfr. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 24).

¹⁴⁶⁹ Véase *supra* 3^a.II.4.B.c.

¹⁴⁷⁰ En este sentido, la exposición de motivos de la LO 7/2003, aptdo. III, establece que las manifestaciones de enaltecimiento o justificación del terrorismo constituyen “un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas”.

¹⁴⁷¹ Véase ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal”, p. 252.

cómplices psíquicos de la actividad genérica llevada a cabo por una banda armada¹⁴⁷².

Ahora bien, las declaraciones en defensa o alabanza del terrorismo son distintas a aquéllas en las que se anima a seguir matando. Manifestar “ETA adelante”, por ejemplo, tiene la misma estructura que alentar al amigo que está cometiendo un delito diciéndole que no se detenga¹⁴⁷³. No obstante, tal expresión enérgica ni enaltece ni justifica los delitos de terrorismo o sus autores. Por tanto, aunque podría ser subsumible en otra modalidad típica si se previera de manera expresa, no es constitutiva de apología¹⁴⁷⁴.

En consecuencia, si la opinión exultante del terrorismo abiertamente manifestada anima a terceros a seguir con su actividad delictiva son estos quienes deben responder por los hechos ejecutados, pero no los que les respaldan ideológicamente. De nuevo, no existe una relación de imputación entre las conductas apologetas y los posibles actos de violencia que puedan repetirse en el futuro.

Además, como recuerda DEL ROSAL BLASCO¹⁴⁷⁵, la tipificación legal de la apología delictiva no ha conseguido nunca “modificar en lo más mínimo la evolución del fenómeno terrorista ni minar en un ápice el apoyo social al mismo”. Por tanto, su castigo como modalidad típica ligada a la futura comisión de delitos comporta la limitación de un derecho fundamental a costa de no conseguir ninguna efectividad práctica, puesto que no previene tales infracciones.

¹⁴⁷² En este sentido, el ATS de 14 de junio de 2002 (ponente Andrés Ibáñez) establece que en la apología se alaba “una conducta ajena en la cual no se participa materialmente sino sólo de forma ideal de aprobación y solidaridad”.

¹⁴⁷³ La cual es constitutiva de complicidad psíquica en el delito en cuestión (véase *supra* 3^a.II.4.B.c).

¹⁴⁷⁴ Así, en el Código Penal español, si una expresión de aliento determinada fuera equiparable a la reclamación pública de “*la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*”, podría valorarse la aplicación el art. 170.2 CP. Sin embargo, tal conducta está configurada como una forma de amenazas colectivas puesto que para ser típica ha de tener por finalidad atemorizar a la colectividad y ser lo suficientemente grave para lograrlo. Por tanto, la idea que late detrás de este tipo delictivo tampoco es la complicidad psíquica con las actividades de una banda armada terrorista.

¹⁴⁷⁵ DEL ROSAL BLASCO, “La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995”, p. 965.

2. Toma de postura

A) La ilegitimidad de la tipificación de la apología

Sentado todo lo anterior, pues, no cabe sino concluir que ninguno de los bienes jurídicos mencionados legitima la tipificación de estas conductas¹⁴⁷⁶, es decir, ninguno de ellos reviste una entidad tal que se convierta en merecedor de tutela jurídico penal a costa de la libertad de expresión¹⁴⁷⁷. Así, aunque la apología cause daños a la sociedad e, incluso, cree y manifieste peligros, está amparada en los derechos a manifestar determinadas opiniones y a disentir políticamente¹⁴⁷⁸. Por ello, es inconstitucional¹⁴⁷⁹ a la luz del art. 20 CE¹⁴⁸⁰, y debería expulsarse del ordenamiento jurídico-penal¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁶ También opinan que este precepto es ilegítimo: CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 51; CARBONELL MATEU/ORTS BERENGUER, “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, p. 188; DEL ROSAL BLASCO, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, p. 211; FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre el contenido y evolución del derecho penal español tras la LO 5/2000 y 7/2000”, p. 51; GONZÁLEZ GUTIÁN, “Algunas consideraciones sobre el concepto de apología”, pp. 285-286; MAQUEDA ABREU, “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, p. 27; REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, p. 129; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Alternativas al Derecho Penal del enemigo”, p. 866; y VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, pp. 43 ss. En cambio, consideran justificada su punición MANZANARES SAMANIEGO, “Reformas penales en materia de terrorismo”, p. 1.015, cuando afirma que “el nuevo artículo 578 viene a llenar un lamentable vacío”; y MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, p. 258.

¹⁴⁷⁷ De la misma opinión, MARTÍNEZ SOSPEDRA, “Aplastar la serpiente en el huevo”, p. 106.

¹⁴⁷⁸ En este sentido, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 222, se pregunta lo siguiente: “¿Puede estimarse razonablemente justificado en una sociedad democrática que una libertad tan fundamental como la de información (y de igual modo, la de expresión) pueda quedar tan gravemente cercenada (...) en base a intereses jurídicos tan difusos como los que se adivinan (se esconden) bajo el tipo delictivo de la apología?”; y VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, p. 38, apunta que “no se trata de que la apología sea inocua; sino, quizás, de que algunos daños o peligros bien reales, que proceden del ejercicio de algunas libertades no pueden, en el marco de un ordenamiento jurídico racional, combatirse por medio de la restricción de la libertad”. Y, concluye que “en algunos ámbitos de libertad haya de defenderse por sí misma, esto es, sin ayuda de la coacción estatal”.

¹⁴⁷⁹ En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, “Terrorismo: Algunas reflexiones”, p. 51.

¹⁴⁸⁰ CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 223, siguiendo a DEL ROSAL BLASCO, considera que es preferible la existencia de ciertas lagunas que “convertir el sistema de libertades fundamentales en un régimen encorsetado y precario”.

¹⁴⁸¹ Llega a la misma conclusión pero argumentando con base en el principio de proporcionalidad, la levedad de la ofensa y el efecto desaliento que provoca la condena penal CUERDA-ARNAU, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión”, pp. 27-28. A su

En este sentido, un sector doctrinal considera que la única interpretación posible de este delito conforme a la Constitución, pasa por atribuir al art. 578 los caracteres de la apología genérica del art. 18 CP¹⁴⁸², esto es, la configura como forma de provocación directa a la comisión de un delito. Sin embargo, por un lado, el art. 579.1 CP castiga los actos preparatorios de los delitos de terrorismo, por lo que la apología “del terrorismo” ya está tipificada en virtud de este precepto¹⁴⁸³; y, por el otro, la propia exposición de motivos de la LO 7/2000 establece que las acciones descritas en el art. 578 CP se penalizan “con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código”¹⁴⁸⁴. Por tanto, desde la lógica de los cánones de interpretación gramatical, sistemático y teleológico no puede defenderse la postura expuesta¹⁴⁸⁵.

juicio, el legislador debería plantearse la inadecuación de la sanción del art. 578 CP en los siguientes términos: partiendo del juicio de proporcionalidad estricta como un instrumento que sirve para “cotejar los costes y beneficios globales que en términos de libertad se derivan de la norma penal”, el efecto desaliente “vendrá a sumarse a la escasa gravedad de dicha conducta para empujar hacia abajo la pena imponible”. Así, habrá que “preguntarse si en esas condiciones el recurso al derecho penal está racionalmente justificado”. Véase, también, su trabajo “El nuevo delito político”, pp. 115 ss.

¹⁴⁸² Véanse GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, pp. 2.626-2.627; y LAMARCA PÉREZ, “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”.

¹⁴⁸³ Véanse, también, COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1.136; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, p. 344; y, especialmente, CUERDA-ARNAU, “El nuevo delito político”, pp. 97 ss. Y, respecto al delito previsto en el art. 607.2 CP cfr. BARQUÍN SANZ, “Apología del genocidio”, p. 377, que denomina a esta modalidad de genocidio “apología impropia”; FEIJOÓ SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, aptdo. IV; y SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del *iter criminis*”, p. 157.

¹⁴⁸⁴ Aptdo. III.

¹⁴⁸⁵ En este sentido, PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.504, pone de relieve que la opción de interpretar el art. 578 al margen de la definición legal de la apología añade “más dudas a las ya existentes acerca de la idoneidad en términos de garantías” de esta figura; también CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN/BOIX REIG./ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.050, considera que la fórmula del 578 es de “indefendible constitucionalidad”, puesto que este precepto contiene “un concepto extensivo de apología que contradice abiertamente la regulación de la Parte General, constituyendo, por tanto, una excepción a lo allí dispuesto”; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 912, cuando dice que el art. 578 plantea serias dudas de constitucionalidad puesto que no atiende a los límites de la apología, como forma de incitación directa a cometer un delito; y PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.504, quien considera que el art. 578 se aparta “de la senda de tutela de bienes jurídicos y niega el principio de ofensividad” en caso de que con esta figura se esté creando un tipo penal al margen de la definición legal de apología.

B) Algunas formas de enaltecimiento del terrorismo o sus autores como modalidad típica constitutiva de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo o sus familiares

Sin perjuicio de la perspectiva defendida en este trabajo, según la cual la apología del terrorismo prevista en el art. 578 CP es una figura ilegítima, hay que matizar el distinto alcance de las dos conductas típicas previstas en este precepto, esto es, justificar y enaltecer. Según la tercera acepción del diccionario de la Real Academia Española justificación significa establecer “*conformidad con lo justo*”. De este modo, cuando se justifica un hecho no sólo se explican las causas (objetivas) que la motivaron sino que también se realiza una valoración (subjetiva) de que las consecuencias acaecidas son justas o correctas. Es decir, mientras el primer juicio es descriptivo o del ser, el segundo es normativo o de deber ser. Por tanto, a través de la explicación se realiza un análisis positivo que depende de la realidad y que es posible de ser verificado o falsado. En cambio, con la justificación se lleva a cabo un análisis normativo mediante prescripciones éticas, esto es, un juicio normativo-ético.

Ahora bien, aunque ciertamente la justificación del terrorismo desborda los límites de la mera explicación y, por tanto, una opinión de tales características es susceptible de indignar o causar perplejidad en el colectivo social, como se ha indicado en un Estado democrático es el conjunto de la ciudadanía el que debe cargar con el agravio que pueda experimentar.

Sin embargo, algunos comportamientos constitutivos de enaltecimiento del terrorismo o de sus autores pueden castigarse legítimamente¹⁴⁸⁶ si

¹⁴⁸⁶ De hecho, un sector de la doctrina considera que la introducción del término justificación en este precepto plantea mayores dudas que el enaltecimiento puesto que justificar no significa necesariamente alabar. En este sentido, RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 71, afirma que “se puede justificar una conducta bien porque se considera buena, digna de elogio e imitable, o por otros muchos motivos que no precisamente implican un desprecio al bien jurídico protegido”; y RAMOS VÁZQUEZ, “Terrorismo e intervención penal”, p. 117, también considera que “la introducción del término ‘justificación’ puede plantear mayores dificultades” puesto que dicha conducta “no comporta *per se* alabanza alguna a la conducta justificada, sino la aportación de argumentos para defender la realización de la misma”. Por ello, concluye que “la introducción del término ‘justificación’ en el art. 578 es radicalmente inaceptable”. Para CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, p. 90, es distinto aprobar, asentir o mostrar conformidad con hechos delictivos o sus culpables, que no puede generar la entrada del *Ius puniendi* del Estado y alabar, elogiar o defender un delito o sus culpables, conductas que pueden castigarse por el Derecho penal.

reúnen los elementos típicos del delito de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo o sus familiares que, como ya se ha puesto de relieve, protege el honor y la dignidad de dicho colectivo. Así, por un lado, alguien puede legítimamente justificar los atentados de una organización terrorista; y, por el otro, también es posible rendir homenaje a sus miembros por considerarlos luchadores por la libertad, enterrarlos con honores, etc. Sin embargo, cuando el elogio comporta un ataque **directo** al honor o la dignidad de los damnificados por este fenómeno, individualmente considerados, es lícito que se castigue tal conducta. Así, por ejemplo, acudir a los juicios del 11-M con una camiseta alabando a Bin Laden, pintar “gora ETA” en la fachada de la vivienda de una víctima del terrorismo, quemar el monumento en memoria de las víctimas del 11-S, o presentarse en el entierro de una persona asesinada por un terrorista con pancartas de alabanza del ejecutor de tal delito son conductas que desbordan el derecho a la libertad de expresión y a la disidencia política –del mismo modo que ocurriría en el ámbito de cualquier otro fenómeno, por ejemplo, llevando a un juicio una camiseta elogiando al violador procesado-.

C) Postura de lege lata: acoger la interpretación más restrictiva posible

Ciertamente, pues, por los motivos indicados, el delito de apología descrito en el art. 578 CP debería, a mi juicio, ser expulsado de nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, dado que no es de recibo esperar que el legislador español vaya a depurar, en breve, el ámbito de las conductas típicas relacionadas con el terrorismo, sirva, al menos de *lege lata*, la concepción del bien jurídico como pauta interpretativa en la aplicación de este precepto por parte de los tribunales.

Respetando, siempre, la dicción literal del precepto. Así, no hace falta acudir a sede de justificación, cuando en sede de tipicidad, dado el tenor gramatical, ya puede resolverse un supuesto. En este sentido, por ejemplo, la STS de 17 de julio de 2007 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre) absuelve a los componentes del grupo “Sociedad Alcohólica” por el contenido de su canción titulada “Síndrome del norte”, que se mofa de la actuación de determinados miembros de las fuerzas de seguridad en la prevención de atentados terroristas. A juicio de la Sala Segunda, tal conducta tiene cabida en el derecho a la crítica y en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, en mi opinión, no es constitutiva ni de enaltecimiento, puesto que no se alaba nada ni a nadie, ni de justificación, ya que no se establece ninguna conformidad entre actos

terroristas y su justicia, por lo que no se trata de un comportamiento típico.

De este modo, la configuración del enaltecimiento y la justificación del terrorismo como delito de clima es la que, en mi opinión, debería adoptarse en la práctica, ya que es la postura que permite una mayor restricción de su marco típico: tanto desde la perspectiva de la paz pública, entendida en su dimensión objetiva como una situación de estabilidad social que no incite al delito o a la violencia, como desde la perspectiva de la provocación indirecta a la comisión de delitos contra las personas. Únicamente desde la óptica de los *clima delicta* es posible dejar de lado sentimientos subjetivos de indignación, humillación o miedo y, por tanto, neutralizar el peligro que conlleva castigar un comportamiento con base en la mera sensación social de perplejidad, descrédito o terror. Así, sólo deberían punirse las conductas de apología que fueran idóneas para incidir sobre los comportamientos de los sectores más radicales e influenciados de la población, debido a la relevancia social del sujeto activo del hecho, al contenido apologeta de sus manifestaciones y a la trascendencia pública del ámbito de actuación.

Desde esta perspectiva, pues, no sería suficiente para integrar el delito tipificado en el art. 578 CP el enaltecimiento de una organización terrorista en el vagón de un tren o en una manifestación por parte de un adolescente cualquiera¹⁴⁸⁷, ni las pintadas anónimas alabando la actividad de una banda armada. Por el contrario, podrían subsumirse en dicho precepto, únicamente, los comentarios que pudieran trascender a terceros influenciados, es decir, aquellos realizados por dirigentes políticos o personas admiradas por el colectivo afín a la ideología de una banda terrorista, siempre que fueran susceptibles de generar un clima de violencia. Por tanto, tampoco podrían castigarse, fuera quien fuese el sujeto activo, los siguientes supuestos.

En primer lugar, la mera afinidad ideológica con los fines perseguidos por un grupo armado, puesto que sólo la alabanza o la justificación de las **actividades** delictivas es objetivamente idónea para incitar al delito o crear un clima propenso a que éste se cometa.

¹⁴⁸⁷ Cfr. la SAP-Guipúzcoa de 27 de julio de 1998 (ponente Domeño Nieto), que enjuicia la conducta de unos jóvenes que en un tren en el que viajaban más personas gritaron “Gora ETA” y “Gora ETA militar”; y la SAP-Bizkaia de 8 de noviembre de 2002 (ponente Penín Alegre), respecto al comportamiento consistente en gritar “Gora ETA militar” en una manifestación. Téngase en cuenta que ambas Sentencias absolviéron a los acusados de un delito de apología del terrorismo porque los hechos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor del actual art. 578 CP.

En segundo lugar las meras alusiones a terroristas que no hicieran referencia a la **violencia**. Así, la decisión por parte de un ayuntamiento de dedicar un lugar público a un terrorista no contiene el desvalor típico suficiente desde la perspectiva de los delitos de clima, ya que tal enaltecimiento no es susceptible de generar una situación que incite a la comisión de delitos de terrorismo.

Como es sabido, en tiempos recientes ha existido mucha controversia en la Audiencia Nacional sobre si la decisión de mantener el nombre de un miembro de banda armada en una calle o una plaza es una conducta constitutiva de enaltecimiento del terrorismo. Mientras que algunas resoluciones admitían esta posibilidad, otras la negaban¹⁴⁸⁸. Sea como fuere, el reciente AAN de 9 de julio de 2008 (ponente Gómez Bermúdez) ha establecido que el tipo descrito en el art. 578 CP “**sólo puede cometerse mediante un comportamiento activo** –*un hacer, una acción*–”, pero no por mera omisión. Así, concluye que “no quitar el nombre de un terrorista puesto por otra corporación a una calle o espacio público no integra, por sí solo, [tal] delito”.

Sin embargo, según el citado Auto, “para la generalidad de los ciudadanos poner a una calle, avenida, plaza, parque u otro espacio público el nombre de una persona implica un reconocimiento de la comunidad, a través de sus instituciones, a esa persona. Transmite el mensaje de que esa persona tiene cualidades humanas, profesionales o personales que han de ser recompensadas con el público reconocimiento o que ha realizado actos que le hacen merecedor al homenaje de la comunidad, porque ha hecho algo que es beneficioso para esta”. Así, “si la persona cuyo nombre es dado a un espacio público (...) es un terrorista, el acuerdo por el que se toma tal decisión podría constituir un ensalzamiento público de la persona y/o de sus actos no amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión”.

Ahora bien, obsérvese como, desde esta perspectiva, lo que pretende evitar el art. 578 CP es que se reconozca que un terrorista tiene cualidades personales que han de ser recompensadas públicamente o que ha hecho algo beneficioso para la comunidad. No obstante, a mi juicio, ésta no es una función que le corresponda al Derecho Penal. Por el contrario, es el

¹⁴⁸⁸ Cfr. el trabajo de GONZÁLEZ PASTOR, “Problemática surgida con relación a la asignación a terroristas de placas en las vías públicas”, pp. 2-3, que expone, una por una, las decisiones adoptadas en cada uno de los casos que han llegado a la Audiencia Nacional

Derecho Administrativo el sector del ordenamiento jurídico que debería regular los parámetros a partir de los que una persona merece un reconocimiento social de tales características y las consecuencias en caso de no acatarse la normativa al respecto¹⁴⁸⁹.

Por último, tampoco serían punibles las opiniones constitutivas de apología del terrorismo vertidas en ámbitos en los que, pese a realizarse ante una concurrencia de personas, las mismas formasen parte del colectivo político del apologeta o de otro contrario.

En este sentido, por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 2004 (ponente Soriano Soriano) resuelve en casación un caso en el que un diputado autónomo justificó, en una intervención parlamentaria, la lucha armada de ETA por la defensa de los derechos legítimos del pueblo vasco. Según indica, los excesos realizados por los diputados en el ámbito de sus intervenciones parlamentarias deben ser controlados por la propia cámara, por lo que absuelve al condenado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en virtud del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo. Sin embargo, esta conducta debe ser considerada atípica, puesto que se realiza en un ámbito en el que los oyentes, o bien forman parte de su grupo político, o bien del contrario, por lo que no hay peligro de transmisión del discurso apologeta a terceros radicales e influenciables, que pudieran adherirse a la violencia.

En conclusión, pues, los requisitos para que, desde la perspectiva de los delitos de clima, pueda castigarse en virtud de este precepto son tres: en primer lugar, la trascendencia o relevancia del sujeto activo de las declaraciones en el colectivo considerado influenciable por las mismas, en orden a la comisión de futuros delitos; en segundo lugar, la violencia como objeto del enaltecimiento o la justificación, no los ideales políticos¹⁴⁹⁰, ni las meras figuras de terroristas, por muy representativas que éstas sean; y, por último, la perpetración de estos hechos en lugares y condiciones que aseguren la transmisión de su contenido a dicho colectivo maleable, es decir, al segmento social identificado con las

¹⁴⁸⁹ Es de la misma opinión GONZÁLEZ PASTOR, “Problemática surgida con relación a la asignación a terroristas de placas en las vías públicas”, p. 2, quien considera que del art. 578 CP “no pueden ser responsables penalmente los alcaldes actuales de cada uno de los Ayuntamientos por el hecho de no retirar tales placas pese a ser requeridos para ello”. A su juicio, la citada realidad no puede atacarse por vía penal sino por vía administrativa.

¹⁴⁹⁰ En este sentido, el AAN de 9 de julio de 2008 (ponente Gómez Bermúdez) considera que el art. 578 CP “castiga sólo la defensa del delito como medio de actuación en una sociedad democrática (...) pero no la adhesión ideológica a los fines de una banda u organización terrorista”.

actividades y finalidades de una banda armada terrorista¹⁴⁹¹. Así, por ejemplo, podría castigarse a un líder de la izquierda *abertzale* que justificase un atentado terrorista ante la concurrencia de jóvenes vascos cercanos a la ideología independentista característica de ETA; o a un líder religioso de la comunidad musulmana en España que alabase la figura de Bin Laden por su compromiso con la “Guerra Santa” en un acto al que acudiesen personas procedentes de países árabes.

V. CONCLUSIONES

1. La legislación en materia de terrorismo es el sector del ordenamiento jurídico donde la expansión del Derecho Penal hacia figuras de peligro abstracto resulta más patente. Así, el ámbito de lo punible alcanza a las conductas periféricas de soporte a las actividades y finalidades de una banda armada desde una doble perspectiva: por un lado, se tipifica cualquier forma de apoyo material y logístico a su actividad, que no se haya materializado en un delito específico o sobre la que no exista prueba de tal vinculación (integración y colaboración); y, por el otro, el castigo se extiende hacia aquéllos que se identifican con “los enemigos”¹⁴⁹² mediante la criminalización de su ideología –política- públicamente manifestada (apología). En consecuencia, los criterios de imputación clásicos se flexibilizan y se prescinde de algunos principios y libertades recogidos en la Constitución, lo que plantea dudas de legitimidad.

2. No obstante, el castigo de aquéllos sujetos que simplemente pertenecen a una organización terrorista o cooperan con ella puede justificarse respetando los criterios de imputación tradicionales. La concepción de las asociaciones ilícitas en su dimensión de estado institucional que hace posible la comisión de delitos concretos conlleva que el riesgo creado por una determinada aportación perviva en el seno de la banda armada, lo que representa un peligro para los bienes jurídicos más esenciales de las personas. Ahora bien, desde esta perspectiva sólo está legitimada la punición de aquellas ayudas que sean susceptibles de ser actualizadas y concretadas en un delito específico, esto es: los actos de colaboración que constituirían participación punible en una infracción concreta en caso de haberse iniciado su ejecución, por un lado; y, por el otro, las aportaciones

¹⁴⁹¹ En este sentido, el ATS de 23 de septiembre de 2003 (ponente Andrés Ibáñez) establece que las conductas de enaltecimiento o justificación “tienen que estar dotadas de una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia”.

¹⁴⁹² Véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “La tipificación de conductas de apología del delito”, p. 915.

que creen un riesgo penalmente relevante respecto a la subsistencia o a la peligrosidad de la organización.

3. Así, el castigo debería poder graduarse según la relevancia individual del acto de cooperación, esto es, según la cantidad de injusto aportado a la peligrosidad global de la banda por cada sujeto en concreto. Es más, el criterio cuantitativo también establece los límites superiores e inferiores de la colaboración con la pertenencia y las conductas atípicas, respectivamente. A saber, la zona limítrofe con la integración lo determina la asunción de un rol estable dentro del grupo terrorista, esto es, la repetición institucionalizada de actos de colaboración. Por tanto, la realización de un número de aportaciones tal que objetivamente muestre que un sujeto no sólo ayuda de modo esporádico a la banda sino que está integrado en ella eleva su estatus al de colaborador-miembro. Ahora bien, dentro de esta categoría el monto de pena también tendría que distinguirse según la cantidad de tareas realizadas. En definitiva, pues, en abstracto no merece la misma sanción quien destina todo su tiempo a favorecer la actividad de una asociación ilícita, que quien aporta su ayuda ocasionalmente aunque de manera institucionalizada, y mucho menos que aquél el cual sólo coopera esporádicamente sin asumir ningún rol estable. Así, resultan tres clases de colaboradores: los miembros *full-time*, los miembros *part-time* y los no miembros, cuyos marcos penales deberían ir decreciendo, pero, a la vez, habrían de tener un sector de intersección que permitiera valorar la importancia de la cooperación concreta.

4. Por su parte, la zona limítrofe con las conductas atípicas lo marcan tanto el principio de insignificancia, como el de irrelevancia. Así, por un lado, no pueden castigarse aquellas aportaciones tan escasas que son más simbólicas que reales, como la donación de un euro a una banda armada. De este modo, aunque ciertamente es imposible establecer con total nitidez tal frontera, que existan aportaciones baladíes es indicativo de que la pena de las conductas de colaboración debería empezar con la multa.

5. Por el otro lado, los actos de ayuda que finalmente quedaron en la intención, esto es, que nunca fueron susceptibles de poder materializarse en una infracción específica, tampoco deben sancionarse. Si el fundamento de las figuras de la pertenencia y la colaboración es el favorecimiento a la ejecución de delitos-fin, las aportaciones que no alcanzan el grado de “disponibles” no han de castigarse. Y, ello incluso cuando un sujeto muestra a través de su entrenamiento la intención de interactuar con una organización terrorista.

6. La pertenencia y colaboración ideológicas son supuestos impunes. Por mucho que un sujeto comparta la metodología terrorista o quiera prestar sus servicios a una banda armada, mientras no materialice aquello prometido su conducta queda al margen de lo que es lícito castigar en el ámbito de un Derecho Penal liberal. Por tanto, tienen que existir actos concretos y positivos de colaboración, más allá de la predisposición a cooperar o de la adhesión ideológica.

7. Lo que hay que erosionar del terrorismo es su capacidad operativa, y, por tanto, la única cooperación legítimamente punible es la prestada a esa actividad. Ahora bien, en el ámbito del terrorismo de ETA son frecuentes los actos de disturbios callejeros o *kale borroka*, los cuales colaboran con el mantenimiento de alarma que persigue aquella organización en orden a la consecución de sus metas políticas. Así, la comisión de delitos de daños, incendios y desórdenes públicos que intensifican el estado de coacción general pretendido por el terrorismo debe incluirse entre las modalidades de colaboración con las finalidades de una banda armada. Sin embargo, por un lado, no tienen nada que ver con el terrorismo individual; y, por el otro, aunque se realicen en grupo éstos no tienen naturaleza terrorista *per se*.

8. Por el contrario, tales organizaciones constituyen una clase de asociación ilícita que tiene por objeto la comisión de delitos. Es decir, el núcleo duro del terrorismo lo constituye la banda armada que mata, lesiona y secuestra en orden a intimidar a la sociedad y a coaccionar al Gobierno. En cambio, los grupos que colaboran con esos fines a través de la ejecución de delitos contra la propiedad y el orden público no instrumentalizan la vida, integridad y libertad de las personas. Por tanto, debe distinguirse entre quienes asesinan reiterada y aleatoriamente y aquéllos que dañan la propiedad ajena, protagonizan altercados públicos, e, incluso, intimidan a la sociedad, aunque los fines políticos pretendidos sean coincidentes.

9. Por último, existe una ulterior forma de ayuda relacionada con la ideología que sustenta a una banda armada: la apología del terrorismo tipificada como modalidad delictiva que no requiere la incitación directa a delinquir. Ahora bien, la conducta consistente en enaltecer o justificar las infracciones de terrorismo o a sus autores presenta dudas de legitimidad a la luz de la libertad a expresar ideas (políticas). Si bien es cierto que el derecho a manifestar los propios pensamientos no es absoluto y que en la apología no existe un déficit de bien jurídico, ninguno de los tutelados justifica el recurso al Derecho Penal a costa de la libertad de expresión,

entendida no sólo como derecho individual básico sino también como principio configurador de nuestro sistema político democrático.

10. Así, aunque las opiniones que justifiquen y alaben el recurso a la violencia como medio para alcanzar metas políticas causen perplejidad en todo o en parte del colectivo social, es éste el que, en un sistema democrático, tiene que cargar con los agravios que puedan sentir fruto de esa disidencia. Del mismo modo, si un tercero decide delinquir con base en tales manifestaciones es él quien debe responder por el concreto hecho lesivo cometido, pero no aquél que las expresa. De nuevo, en nuestro modelo de gobierno hay que partir de la premisa según la cual la sociedad está formada por sujetos libres y responsables que eligen como comportarse. Así, no puede castigarse a quien declara su adhesión a una determinada posición política por los actos decididos por otros miembros de una comunidad que se presupone liberal y democrática.

CONCLUSIONES

I

1. El uso dispar del concepto de terrorismo, tanto desde una perspectiva histórica, social, como legal, conlleva que su delimitación sea muy difícil de trazar. Sin embargo, en el ordenamiento penal de un Estado democrático de Derecho su definición es imprescindible, dado que esta forma de criminalidad tiene adscritas unas consecuencias más gravosas que las previstas para el resto de delitos. Así, en orden a preservar los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad es necesario conocer qué modalidades delictivas pueden ser calificadas de “terroristas”. Por un lado, los miembros de una sociedad democrática tienen que saber de antemano cuales serán las consecuencias penales de sus conductas. Por el otro, puesto que el Derecho Penal liberal no puede sancionar con pena idéntica hechos que tengan un grado de desvalor diferente, no hay que subsumir en una misma categoría delictiva conductas cuyo contenido de injusto, bien cuantitativo, bien cualitativo, sea distinto.

2. La realidad demuestra que existen numerosas tipologías de delincuencia organizada violenta etiquetadas usualmente con el rótulo de terrorismo, las cuales comparten el siguiente rasgo: cada acto concreto que realizan contribuye a la creación de una situación de alarma o miedo colectivo idónea para alterar la normalidad de la convivencia ciudadana y el ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, el hecho cometido trasciende al daño concreto causado ya que conlleva un mensaje delictivo ulterior que amenaza la seguridad del resto de la sociedad. Ahora bien, dentro de esta categoría genérica existen grupos que tienen un elemento que permite diferenciarlos del resto de la delincuencia organizada violenta: la comisión de delitos y la alteración de la paz social afectan, en último término, a los mecanismos democráticos de toma de decisiones políticas. Por el contrario, las manifestaciones del crimen organizado distintas al terrorismo no persiguen la subversión política de un país, sino manipular el existente en orden a conseguir sus intereses. Así, dichas bandas u asociaciones pretenden crear un sub-sistema normativo al margen del impuesto por el Estado, en orden a la obtención de poder, económico o social, pero no persiguen cambiar la legislación y las políticas públicas en contra de las decisiones tomadas libremente por la mayoría de ciudadanos.

3. El bien jurídico atacado por el terrorismo en los estados democráticos es triple: en primer lugar, el bien jurídico concreto protegido por cada delito común, esto es, la vida, integridad física, libertad, etc.; en segundo

lugar, la paz pública en su acepción de estado colectivo de tranquilidad y sosiego por la propia vida; y, por último, las vías democráticas de toma de decisiones políticas, es decir, el poder del pueblo como único legitimado para decidir sobre el contenido de las leyes y de las políticas públicas, desde un plano simbólico. Por el contrario, en el resto de modalidades delictivas violentas no concurre dicho tercer elemento, a saber, la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política, por lo que su contenido de injusto es algo menor. Así, tales conductas son subsumibles en los delitos de lesa humanidad, siempre que sus ataques contra la población civil sean sistemáticos o generalizados.

4. Con el término terrorismo debe denominarse aquella violencia dirigida contra bienes personalísimos que se realiza de modo reiterado e indiscriminado con la finalidad de conseguir unos cambios políticos determinados. Por tanto, los grupos terroristas se caracterizan por ejecutar delitos susceptibles de instrumentalizar la vida, integridad y libertad de las personas (el método) en orden a lograr unas metas políticas (el fin).

5. Respecto al método, la actividad delictiva contra las personas característica del terrorismo tiene que realizarse de modo reiterado o continuo e indiscriminado o aleatorio. El mensaje de un atentado terrorista es que volverá a ejecutarse ese hecho u otro igual de destructivo, mientras el *statu quo* que se pretende modificar siga inalterado. Así, a la concreta persona atacada no sólo se le lesionan sus bienes más fundamentales sino que también es instrumentalizada, y lo es en un doble nivel. Por un lado, el mensaje enviado con la comisión del hecho se dirige a toda la sociedad o a un grupo (*instrumentalización de primer nivel*) y conlleva la alteración de la paz pública, esto es, la transformación de un estado de tranquilidad y sosiego social trascendentes, en una situación de miedo o terror colectivo por la propia vida. Por el otro lado, el recado del acto concreto también se dirige al Gobierno constituido o en constitución (*instrumentalización de segundo nivel*), con la intención de conseguir unos fines (políticos) determinados.

6. Las concretas infracciones que tiene que realizar una organización terrorista han de atentar contra los bienes más esenciales de los individuos. Así, tales bandas armadas han de cometer delitos(-fin), bien de resultado, bien de peligro concreto, que atenten contra la vida, salud, integridad y/o libertad de las personas, esto es, homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, secuestros, lesiones graves, estragos, incendios, u otras infracciones de riesgo catastrófico. Por el contrario, no puede ser

terrorista la actividad que sólo menoscabe la propiedad u otros bienes materiales o aquélla que únicamente produzca altercados públicos.

7. Respecto al fin, el terrorismo persigue una finalidad política, esto es, pretende imponer una regulación determinada al margen de los mecanismos de toma de decisiones políticas. Por tanto, en los Estados liberales, ataca el “método democrático que encauza la disputa política”, es decir, el proceso de elaboración de las leyes y de ejecución de las políticas públicas como actividades correspondientes a los gobernantes que habiendo propuesto libremente sus candidaturas representan la voluntad popular manifestada sin trabas ni coacciones en las jornadas electorales. De ese modo, cabe pensar en dos mecanismos violentos que pueden alterar este proceso de toma de decisión democrático: por un lado, y esto es lo más usual, los atentados dirigidos a cambiar las políticas de un Gobierno ya constituido; o, por el otro, los ataques cuya finalidad fuera boicotear su formación legítima.

8. Si terrorismo se define como actividad violenta que instrumentaliza a las personas con finalidad política, este fenómeno también cabe conceptualmente en el marco de los Estados antidemocráticos. Ahora bien, se presenta la siguiente vicisitud: en dichos sistemas los terroristas pretenden cambiar una política determinada no decidida mediante un proceso democrático. De este modo, el contenido de injusto de tales hechos es menor, puesto que no subvierte el proceso democrático de toma de decisiones políticas, lo que debería tener su reflejo en la pena a imponer por su comisión. Así, por un lado, si se tipificara el delito de terrorismo en la normativa penal internacional tendría que establecerse algún mecanismo que permitiera imponer menos sanción en los supuestos en que tales crímenes se realizaran para cambiar la política de algún Gobierno dictatorial. Por el otro, en caso de juzgarse en Estados democráticos –en virtud del principio de jurisdicción universal- delitos de terrorismo cometidos en países que no lo son, también habría que imponerse una pena inferior. Así, por ejemplo, en España la solución podría ser la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6ª CP, atendiendo a ese desvalor más leve.

9. En un Estado no democrático hay conductas que no pueden reputarse terroristas, dado que, de lo contrario, se negaría el poder del pueblo de cambiar sistemas de gobierno que vulneran sistemáticamente sus derechos fundamentales. Por tanto, la lucha contra la opresión de un régimen dictatorial es legítima. Ahora bien, el derecho a vivir en un Estado libre y democrático no confiere a ningún grupo la posibilidad de instrumentalizar a la población civil en orden a conseguirlo. Por tanto, en

estos supuestos, hay que distinguir aquella actividad violenta dirigida contra los miembros del Gobierno, su ejército y sus fuerzas de opresión, que es legítima, de la actividad dirigida contra el pueblo, que no lo es.

10. En cuanto al elemento estructural característico del terrorismo, la realidad pone de relieve que este fenómeno se encuentra indefectiblemente unido a la existencia de una organización delictiva, puesto que, ciertamente, la posibilidad de repetición de conductas, y, por tanto, la capacidad de instrumentalizar a las personas, recae en la organización. Sin embargo, desde un punto de vista teórico y, sobre todo, dado el grado de destrucción que pueden alcanzar determinadas armas en la actualidad, es posible hablar de terrorismo individual. Así, por ejemplo, atacar a un sector de la población con armas químicas, biológicas o a través del ciberespacio es asequible para un sujeto aislado. En estos supuestos, la potencialidad lesiva que confiere la organización al terrorismo se ve substituida por la capacidad operativa y dañosa de los medios utilizados. Ahora bien, cuestión distinta es la necesidad político-criminal de tipificar una conducta inexistente en la realidad. No tiene mucho sentido desde una perspectiva de necesidad de pena castigar una modalidad delictiva que, al menos hasta el presente, no se ha materializado en la práctica.

11. El concepto de terrorismo defendido en este trabajo tiene efectos sobre el denominado terrorismo de Estado, nomenclatura bajo la cual se incardinan tres supuestos de hecho distintos: en primer lugar, normalmente en dictaduras, las situaciones de terror que crean los dirigentes políticos entre su población, en orden a preservar su situación de hegemonía; en segundo lugar, los actos violentos de los Estados, por regla democráticos, dirigidos a luchar contra el terrorismo insurgente que les afecta, fuera de los cauces legales; y, por último, los atentados ejecutados por un Gobierno contra los dirigentes o la población de otro Estado, o con su colaboración, tendentes a conseguir un resultado político en aquél. De este modo, si por terrorismo se entiende aquel fenómeno delictivo que se caracteriza por ir dirigido, en último término, a coaccionar a los gobiernos, o bien ya constituidos, o bien en su proceso de formación, sólo existe terrorismo de Estado cuando dicha actividad la realiza o la favorece, precisamente, un Estado. Es decir, cuando la organización terrorista está constituida por un Gobierno determinado. Por el contrario, si los dirigentes de un país atentan contra su población, bien para mantenerse en el poder, bien para erradicar la delincuencia fuera de los cauces legales, sus conductas son subsumibles en los delitos de lesa humanidad, siempre que sus ataques contra la población civil sean sistemáticos o generalizados.

12. Del mismo modo, los actos dirigidos contra organizaciones no gubernamentales, con la intención de incidir en sus líneas de actuación, no pueden considerarse parte del fenómeno terrorista, puesto que son entidades privadas, independientes de los Estados.

13. También es discutible el trato que debe darse a los actos dirigidos contra organizaciones gubernamentales o supranacionales, como la ONU o la UE, cuya legitimidad democrática es cuestionada, dado que no han sido constituidas mediante un acto de voluntad de todos los ciudadanos. Sin embargo, respecto a la UE, los órganos ejecutivos de la Comunidad Europea derivan su legitimación de la de los gobiernos de los Estados miembros, los cuales sí han sido elegidos democráticamente. Por tanto, los atentados que se dirijan a alterar sus políticas forman parte del fenómeno terrorista. En cambio, por lo que respecta a la ONU, alguno de los países que la conforma no son democráticos y varios Estados miembros tienen derecho de veto. Así, una minoría –incluso no democrática– puede imponer su voluntad sobre la mayoría. En consecuencia, los atentados dirigidos contra las decisiones de dicha organización no caben dentro del terrorismo, sino que, a los sumo, pueden ser constitutivos de delitos de lesa humanidad.

14. Uno de los problemas actuales de mayor trascendencia versa sobre los límites entre el terrorismo y la guerra. En la actualidad, existe confusión entre estos dos conceptos en el seno de un conflicto armado, puesto que los métodos terroristas también son adoptados por las fuerzas armadas y por grupos organizados de resistencia de los Estados en guerra. Sin embargo, como fenómenos, no se debe confundir guerra o guerrilla con terrorismo, aunque en el contexto de un conflicto armado también puedan existir organizaciones, delitos y actos terroristas.

15. La consecuencia más importante de los tiempos de guerra es que la normativa internacional que la regula distingue entre la población civil y los miembros de las fuerzas armadas combatientes. Así, para diferenciar entre delitos de terrorismo, crímenes de guerra y actos legítimos en el seno de un conflicto armado, hay que estar a dos pares de variables, a saber, si los autores son combatientes o civiles y, a su vez, si las víctimas son combatientes o civiles. De este modo, existen cuatro posibilidades. En primer lugar, cuando los combatientes de ambas partes en la contienda atentan entre sí, o bien realizan actos legítimos de guerra si sus métodos no infringen la normativa del *Ius in Bello*, o bien cometen crímenes de guerra si los medios usados causan daños innecesarios. Del mismo modo, en segundo lugar, cuando los combatientes

instrumentalizan la vida de civiles, atentando contra ellos, para conseguir una ventaja en el seno de un conflicto bélico, tales acciones violentas son subsumibles en los crímenes de guerra. En tercer lugar, tampoco cometen delitos de terrorismo los sujetos que han de calificarse como no combatientes, en virtud del Derecho Internacional, que atentan contra las fuerzas armadas en un conflicto, esto es, civiles que atacan a combatientes. En este caso, si las fuerzas civiles constituidas espontáneamente en luchadores respetan las normas de la guerra sus actos deben reputarse legítimos, mientras que si utilizan medios o métodos prohibidos tales hechos han de calificarse como crímenes de guerra. Sin embargo, no constituyen actos terroristas, puesto que éstos se caracterizan por atentar contra objetivos no combatientes por parte de sujetos no combatientes. De este modo, por último, sólo los atentados realizados por no combatientes contra la población civil, que tengan como finalidad interferir en las decisiones de uno o varios gobiernos mediante esa violencia, constituyen delitos de terrorismo, aunque se lleven a cabo en tiempos de guerra.

16. La segunda consecuencia de los “actos terroristas” sucedidos en tiempos de guerra tiene que ver con el estatus de sus autores en caso de ser detenidos: éstos pueden ser, o bien (presuntos) delincuentes – terroristas o de otro tipo-, o bien prisioneros de guerra. De este modo, el estatuto del “combatiente enemigo”, elaborado en los EEUU, es plenamente ilegítimo, puesto que permite la detención indefinida sin cargos de cualquier sujeto en orden a prevenir cualquier acto futuro de terrorismo internacional contra los EEUU. Sin embargo, si un sujeto combatiente es hecho prisionero en el marco de un conflicto bélico, su detención sólo puede durar hasta el fin de esa guerra, para evitar que vuelva al campo de batalla. Y, si alguien es detenido por su intervención en delitos de terrorismo, la normativa penal ordinaria obliga a que se le acuse por alguna infracción y a que sea puesto en libertad, si después de un juicio con todas las garantías no es hallado culpable.

17. En definitiva, se puede estar en tiempos de paz o en tiempos de guerra, aplicándose una u otra normativa según el caso, pero no existe desde un punto de vista jurídico un tercer ámbito normativo. Si estamos en guerra, aunque se denomine nueva guerra, sin frentes o en red, hay que atenerse a la normativa internacional en esta materia. Sin embargo, si el terrorismo no es guerra, hay que aplicar el Derecho Penal común con los límites derivados de un Estado democrático de Derecho. Por tanto, lo que no puede asumirse es la práctica de la guerra, sea desde el marco del Derecho Penal, sea al margen de la normativa internacional.

18. El slogan “guerra contra el terrorismo” usada por los EEUU para definir la lucha contra *Al Qaeda* y su red internacional de organizaciones no sólo es impropia sino también contraproducente. Por un lado, el terrorismo no puede combatirse con los métodos de una guerra puesto que el atentado contra los Estados democráticos es simbólico. La violencia terrorista, con todo lo sería que es, no amenaza nuestras instituciones de gobierno o nuestra existencia como comunidad civil. Por el otro lado, crea la ficción de que es necesario limitar los derechos y las libertades individuales con el fin de contrarrestar ese peligro, lo que comporta la imposición de un estado de excepción permanente. Dado que la guerra no es principalmente de Estados contra Estados sino de Estados contra individuos, cualquier particular puede ser un terrorista potencial y, por tanto, debe ser controlado por razones de seguridad. De aquí, que el uso de la prisión preventiva indefinida sin imputación formal sea, en realidad, una medida de seguridad predelictual y, por ende, ilegítima.

19. La normativa penal española equipara como finalidades del terrorismo la alteración de la paz pública y la subversión del orden constitucional. De este modo, pueden subsumirse en los delitos de terrorismo numerosos fenómenos delictivos que no tienen naturaleza política. Así, en este trabajo se aboga, de *lege ferenda*, por la destipificación de la finalidad de “alteración de la paz pública”. Sin embargo, de *lege lata* se propone una interpretación de dicho término que circunscriba el fenómeno terrorista a aquella actividad delictiva dirigida contra las personas, en la que los concretos atentados trasciendan a su realización y envíen un mensaje a la sociedad susceptible de aterrar y coaccionar a su población. Ahora bien, ésta no es la postura seguida por nuestros tribunales, los cuales equiparan la paz pública a la mera seguridad en las calles. Así, se les atribuye naturaleza propiamente terrorista a los altercados y desórdenes realizados de modo reiterado en espacios públicos y susceptibles de crear alarma social. Exponente de lo indicado es la caracterización como banda armada terrorista de la asociación juvenil del entorno de ETA, JARRAI-HAIKA-SEGI. No obstante, existe una diferencia de grado entre los delitos de desórdenes públicos y los delitos de terrorismo, aunque todos ellos se ubiquen dentro del título dedicado a proteger el orden público. Así, el primer grupo de infracciones protege el orden público entendido como aquel estado de tranquilidad en el desarrollo de las actividades ordinarias que se realizan en los espacios públicos. Por el contrario, los delitos de terrorismo tienen que vincularse con la paz pública, la cual equivale a un estado de sosiego social trascendente. Por ello, sólo deberían castigar conductas que creen una situación de continuo temor

por la propia vida, más allá del terror concreto que puedan producir uno o más actos de desorden aislados o una explosión específica.

20. JARRAI-HAIKA-SEGI ha de calificarse, de *lege lata*, como un tipo de asociación ilícita que tiene como finalidad la comisión de delitos (art. 515.1º CP). Aunque la labor criminal de tal organización satélite de ETA contribuye a alterar la paz pública pretendida por esta última, no favorece su actividad delictiva. Así, de *lege ferenda*, está legitimada la creación de una modalidad de organización criminal “común” agravada cuya finalidad sea la colaboración con la creación de miedo perseguida por una banda armada terrorista. Sin embargo, es preciso diferenciar entre quienes llevan más de treinta años matando y secuestrando a las personas y aquéllos que realizan actos de hostigamiento callejero, aunque todos ellos persigan la alteración de la paz pública. Por tanto, en relación con las figuras de pertenencia y colaboración, no merece la misma pena quien facilita la realización de delitos de daños contra sucursales bancarias que quien colabora en la ejecución de asesinatos –por ejemplo, pasando información de cajeros automáticos o de personas, respectivamente-. En definitiva, pues, aunque JARRAI-HAIKA-SEGI es una organización que debe desvalorarse más intensamente que una asociación que se dedique a dañar la propiedad ajena sin ningún vínculo con el terrorismo, su contenido de injusto es inferior al que puede predicarse respecto de ETA.

II

21. La legislación antiterrorista es el máximo exponente del Derecho Penal del enemigo, dado que las características genéricas que la definen pueden resumirse del siguiente modo: relativización de derechos procesales; severidad punitiva; flexibilización de criterios de imputación; relajación de principios limitadores del *Ius puniendi*; y mayor rigor en el ámbito del tratamiento penitenciario. Sin embargo, algunas excepciones propias de la normativa terrorista tienen un fundamento legítimo, por lo que, en realidad, pertenecen al Derecho Penal de ciudadanos. Así, hay que diferenciar entre las medidas que se basan en el hecho cometido y las que parten del pronóstico de peligrosidad del sujeto que delinque.

22. Con carácter general, el aumento de las penas y el adelantamiento de las barreras de punición pertenecen al Derecho Penal del ciudadano. Por un lado, el mayor rigor punitivo de los delitos de terrorismo es una previsión respetuosa con el Derecho Penal del hecho, pues se basa en el mayor contenido de injusto de la conducta delictiva cometida. Por el otro, el adelantamiento de las barreras de punición es una característica predicable de figuras que, de entrada, se relacionan con el Derecho Penal

del ciudadano, tales como los actos preparatorios punibles siempre que su previsión se vea acompañada de una rebaja proporcional de la pena respecto al delito consumado.

23. Cuestión distinta es cuánto más hay que castigar y cómo debe hacerse. Efectivamente, se vulneran los principios de proporcionalidad y culpabilidad en la medida en que no se toma en cuenta la gravedad del hecho y se antepone el tipo de autores a la clase de actos concretos cometidos. Así, por un lado, existen problemas de “proporcionalidad externa” al comparar las penas previstas para las mismas conductas en los delitos comunes con aquéllas establecidas en el marco del terrorismo. En consecuencia, algunos tipos –especialmente, poco importantes si se atiende al catálogo de penas del Código Penal- se agravan tanto en el ámbito del terrorismo que incluso llegan a alcanzar la pena de los delitos comunes más graves (por ejemplo, del homicidio). Por el otro lado, también se presentan dudas de “proporcionalidad interna” dentro de las propias infracciones terroristas, puesto que se equiparan penológicamente hechos de distinta gravedad en el ámbito común y los delitos menos importantes son los que más se agravan. Así, mientras que algunas conductas se agravan muchísimo (las coacciones, por ejemplo), otras no difieren sustancialmente (el asesinato hiperagravado), y, además, sus marcos penales se acercan demasiado. En definitiva, pues, no existe una correlación penológica ni dentro de las infracciones terroristas ni en su relación con las comunes.

24. Muchas de las medidas excepcionales dirigidas a luchar contra el terrorismo son innecesarias, esto es, no son más eficaces que la legislación común en la lucha contra esta clase de delincuencia, por lo que sólo producen efectos simbólicos. En consecuencia, la regulación en materia antiterrorista es muestra del denominado Derecho Penal simbólico, puesto que su finalidad no es la protección de bienes jurídicos y la prevención de delitos sino la producción de efectos tranquilizadores en la sociedad.

25. La descripción del Derecho Penal del enemigo como aquel sector del ordenamiento dirigido a inocular fuentes de peligros ha quedado obsoleta. En la actualidad, el Derecho Penal del enemigo se caracteriza también –y, sobre todo- en que la relevancia de su incriminación reside básicamente en su contenido simbólico. Así, en la evolución del Derecho Penal del enemigo pueden diferenciarse dos “cepas”: una “cepa originaria”, cuya función principal se dirige a la inocuización de sujetos considerados peligrosos para evitar la comisión fáctica de delitos mediante el encarcelamiento; y, una “cepa derivada” orientada a producir,

ante todo, efectos tranquilizadores sobre la sociedad, aunque la eficacia preventiva de las medidas previstas a tal fin sea nula. Es más, en esta segunda “cepa”, también se observa que las características tradicionales del Derecho Penal del enemigo son los instrumentos para identificar, mediante la exclusión, a una categoría de sujetos como enemigos y, de este modo, orientar la regulación antiterrorista hacia un Derecho penal de autor. En definitiva, por tanto, Derecho Penal del enemigo, Derecho Penal simbólico y Derecho Penal de autor son conceptos inseparables en la actual regulación en materia terrorista.

26. Desde la óptica de un Derecho Penal que sólo se justifica si es necesario para prevenir delitos, esto es, para proteger bienes jurídicos, las normas exclusivamente simbólicas no son legítimas. Puesto que se trata de disposiciones que vulneran garantías y límites del *Ius puniendi* característico del Derecho Penal liberal, pero no son eficaces para luchar contra el terrorismo, tendrían que desaparecer del ordenamiento jurídico penal.

27. Tampoco es posible defender que si una disposición que vulnera los principios y garantías clásicos del Derecho Penal es eficaz para luchar contra el terrorismo, a saber, es necesaria, es por ello legítima. En la actualidad, existen tres medidas (cognitivas) que, sobre la base de su utilidad a la hora de prevenir delitos, los Estados liberales están usando en la lucha contra el terrorismo: en primer lugar, la pena como inocuidad de sujetos peligrosos; en segundo lugar, la flexibilización de garantías procesales y, en concreto, la detención sin imputación formal de larga duración; y, por último, la tortura.

28. En el ámbito del terrorismo, la peligrosidad se convierte en el fundamento de las penas previstas para la pertenencia y la colaboración y las agravaciones desproporcionadas de delitos comunes poco importantes. La lógica es la siguiente: si un sujeto se integra en una organización terrorista, colabora con ésta o realiza delitos-medio en su seno hay que neutralizarlo ya en este momento, puesto que después podría pasar a ejecutar los delitos-fin. Sin embargo, desde la óptica del Derecho Penal liberal, no puede legitimarse una pena cuya duración sea superior al injusto del hecho cometido con base en el diagnóstico criminal de un sujeto. Lo contrario es un fraude de etiquetas, dado que peligrosidad sólo fundamenta las medidas de seguridad.

29. La configuración del terrorismo como una modalidad de delincuencia organizada conlleva que la investigación de su actividad sea más complicada debido a la jerarquización de su estructura y a la división de

tareas. Además, también es más difícil conseguir el cese de la criminalidad, puesto que aunque se descubran y detengan a algunos de sus miembros, la asociación ilícita sigue operando. Desde esta perspectiva, pues, el esclarecimiento de los delitos cometidos en su seno puede comportar la elaboración de un catálogo de medidas adaptadas a esa realidad, diferentes a las que se emplean en la lucha contra la delincuencia no organizada. Así, la investigación policial puede requerir algo más de tiempo para detectar si existen hechos constitutivos de delito o no y para acusar a sujetos concretos. Sin embargo, de esta observación se desprenden dos cuestiones. Por un lado, tales excepciones han de ser legítimas para investigar las actividades delictivas de cualquier asociación ilícita, por lo que no está justificado que el art. 55.2 CE prevea un régimen excepcional sólo para los casos de terrorismo. Ahora bien, por el otro lado, dichas consideraciones no pueden llevar a la detención muy prolongada o indefinida de sospechosos de actividades terroristas (o de cualquier otra actividad organizada). En definitiva, las excepciones también tienen que respetar el marco constitucionales para poder ser consideradas legítimas, pero no existe un único modelo procesal garantista.

30. La legislación antiterrorista española en materia de detención policial encaja perfectamente en el marco de un Estado democrático de Derecho. Pese a que dicha retención puede alargarse 48 horas más respecto a la común y alcanzar los cinco días, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido que tal plazo no es incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Muy lejos de esta regulación, el problema se sitúa en aquellos ordenamientos jurídicos que permiten que la detención de un sujeto pueda alargarse por mucho tiempo, e, incluso, indefinidamente, sin necesidad de comunicárselo al juez ni de que exista acusación delictiva por parte de éste. El Reino Unido y, especialmente, los EEUU, son los principales exponentes de esta clase de normativa. En estos supuestos, derechos fundamentales tan preciados como la presunción de inocencia, la libertad y la dignidad humana no son respetados.

31. La práctica de la tortura no constituye un problema real en el panorama actual español. Sin embargo, por un lado, se ha usado por los gobiernos que más duramente han sufrido el lastre del terrorismo en las últimas décadas; y, por el otro, esta cuestión ha reaparecido a raíz de los atentados del 11-S en los EEUU. La Administración Bush, preocupada sobre la licitud de usar técnicas de interrogación severa prohibidas por el Derecho Internacional, ha comprendido la necesidad de establecer argumentos legales viables para legitimar tal manera de proceder. Así,

desde 2001, oficiales del Gobierno han redactado distintos documentos justificando prácticas de interrogación coercitiva y tortura, compuestos por memorandos e informes y conocidos como “*the Torture Memos*”.

32. Un Estado democrático de Derecho no puede elaborar normas específicas que introduzcan excepciones a la prohibición de la tortura, tengan que aplicarse *ex ante* o *ex post*, tanto por razones normativas como iusfilosóficas: la tortura atenta contra la dignidad humana. Por tanto, no está legitimada la regulación de autorizaciones judiciales o gubernamentales que posibiliten su práctica. Ahora bien, tampoco pueden establecerse exenciones y procedimientos concretos para supuestos de torturas, aplicables *a posteriori*.

33. En cambio, los casos de *ticking bomb* tienen una estructura de legítima defensa, por lo que el uso de la tortura podría justificarse con base en esta eximente. El caso de un explosivo con temporizador que ya está en marcha y listo para estallar, cuando su autor, detenido, es el único que conoce el código para desactivarlo, es estructuralmente idéntico a aquél en el que un sujeto está a punto de apretar el dispositivo de una bomba y un agente de la autoridad le tiene a tiro. Además, al contrario de lo que ocurre en el ámbito del estado de necesidad, los límites (legales y doctrinales) de esta causa de justificación imposibilitan la denominada “ruptura del dique” o “pendiente resbaladiza”, es decir, evitan que esa posición de poder se perpetúe y se abuse de su práctica.

34. En primer lugar, es esencial distinguir entre la “tortura preventiva” y la “tortura reactiva”. La legítima defensa sólo es posible frente a una agresión ilegítima, esto es, como resistencia u oposición a un hecho en fase de tentativa que no se haya consumado. En segundo lugar, tal eximente sólo permite reaccionar contra sujetos que intervienen en el ataque, es decir, contra los agresores. De este modo, no puede torturarse al insolidario, ni a una persona respecto a la que no exista indicios de su intervención en los hechos. Por último, sólo cuando no exista una posibilidad menos lesiva de obtener el mismo resultado la tortura estará justificada. Así, el caso de la bomba de relojería es más de laboratorio que real, y queda muy lejos de Guantánamo y *Abu Ghraib*. En consecuencia, existe una gran diferencia entre torturar a alguien para salvar la vida de muchas personas, en una situación de legítima defensa, que hacerlo de modo indiscriminado para conseguir pruebas e indicios que hagan avanzar una investigación sobre la actividad terrorista.

35. El Derecho Penal del enemigo es ilegítimo. La eficacia en la lucha contra la delincuencia tiene que respetar ciertos límites en un Estado

democrático de Derecho, por muy evidente que sea la enemistad entre un sujeto y el ordenamiento jurídico. Los compromisos éticos de la democracia son universales y deben aplicarse tanto a los propios ciudadanos como a sus enemigos. Por tanto, los derechos fundamentales (como la libertad y la dignidad) y las garantías y principios constitucionales (como los de culpabilidad y de presunción de inocencia) no son disponibles. De este modo, aunque un sujeto se comporte de manera que se autoanule como persona, ese Estado no está legitimado para aceptarlo y actuar en consecuencia, sin destruir las bases sobre las que se asienta. En última instancia, los riesgos que se derivan de sujetos peligrosos deben repartirse entre toda la sociedad democrática, es decir, debemos asumirlos todos, siempre que queramos mantener este calificativo para autodenominarnos.

III

36. El delito de colaboración con banda armada supone un avance de las barreras de punición, por lo que permite el castigo de hechos alejados de la efectiva lesión de un bien jurídico y la simplificación de la tarea probatoria para imputar un delito. Sin embargo, su tipificación es legítima desde los parámetros del modelo de responsabilidad por el hecho propio. En el marco de una organización criminal, aunque el riesgo creado por una determinada aportación no se materialice en ningún resultado concreto, pervive en su seno, lo que representa un peligro para los bienes jurídicos más esenciales de las personas.

37. Sólo puede ser legítimo el castigo de aquéllas aportaciones genéricas individuales cuyo riesgo pueda ser actualizado en cualquier momento y concretado en un delito-fin específico. En primer lugar, los actos de colaboración que constituirían participación punible en un delito concreto en caso de haberse iniciado su ejecución. En segundo lugar, las aportaciones que tengan efectos estables sobre la organización y pueda estimarse que favorecen por sí solas su existencia. Y, por último, aquellos actos que sean susceptibles de favorecer la peligrosidad de un grupo terrorista, aunque cada uno, individualmente considerado, no tenga la suficiente relevancia como para garantizar su pervivencia por sí mismo.

38. Aunque a todos los colaboradores citados se les puede imputar objetivamente un comportamiento, hay que hacerlo en diferente medida, atendiendo al riesgo que cada acto específico transfiere a la organización. Por tanto, el monto de la pena debería poder graduarse según la relevancia individual del acto de colaboración, esto es, según la cantidad de injusto aportado a la peligrosidad global de la organización por cada

sujeto en concreto. Así, existen dos niveles de análisis: mientras el primero fundamenta la responsabilidad, el segundo valora el grado de peligrosidad de cada conducta de colaboración, es decir, el monto de la sanción. De este modo, la aportación que contribuye por sí misma a la propia existencia de la organización es distinta y más intensa de aquella otra que sólo favorece la comisión de delitos al poder usarse en cualquier momento.

39. La diferencia entre la pertenencia y la colaboración con banda armada es cuantitativa, no cualitativa. Así, el miembro de una asociación terrorista se caracteriza porque realiza permanentemente una o más tareas para la banda armada, por lo que ostenta un rol estable e institucionalizado en el organigrama del grupo. En cambio, el colaborador lleva a cabo actos ocasionales, no extendidos en el tiempo, sin que pueda contarse con su cooperación *a priori*.

40. Puesto que las tareas que llevan a cabo tanto los miembros como los colaboradores son las mismas, y lo que difiere es su ejecución institucionalizada o no, es decir, su repetición, es inadecuado distinguir entre estas dos figuras desde el punto de vista del modelo de responsabilidad por el hecho propio. Por el contrario, la distinción debería producirse entre colaboradores-miembros y colaboradores-no miembros. Además, el “criterio del rol” implica considerar colaborador-miembro tanto a quien destina todo su tiempo a realizar actividades de favorecimiento para una banda armada, como a aquél que sólo se dedica de vez en cuando a tales quehaceres –aunque también de modo institucionalizado-. Por esta razón, es preciso distinguir dentro de esta figura más de una categoría de integrantes comunes estables, que, a su vez, sean diferentes respecto a los colaboradores-no miembros ocasionales. Así, existen tres categorías de colaboradores: la del colaborador-miembro *full-time*, la del colaborador-miembro *part-time* y la del colaborador-no miembro, cuyos marcos penales deberían ir decreciendo, pero, a la vez, tener un tramo de sanción coincidente, en orden a poder ajustar la pena al concreto injusto de la conducta de favorecimiento cometida.

41. En coherencia con el fundamento del castigo de la colaboración con banda armada mantenido en este trabajo, la consumación de una aportación no se produce hasta que, una vez el acto de ayuda ha sido puesto a disposición de la banda armada, ha existido disponibilidad sobre ella. Sólo a partir de ese momento, el riesgo proveniente de tal ayuda puede perdurar en el ámbito de la organización y materializarse en la ejecución de un delito-fin. Por tanto, es necesario que concurren dos

requisitos. Ante todo, el acto de disposición conlleva la accesibilidad física de la ayuda por parte de la banda armada. Sin embargo, aún es necesario que suceda algo más para que un acto de colaboración se consuma: tiene que existir disponibilidad sobre la ayuda obtenida, lo que ocurre cuando a partir del acto de disposición ha transcurrido el tiempo idóneo *ex ante* para que el riesgo proveniente de esa aportación sea susceptible de pervivir en el seno de la banda armada. Ahora bien, que finalmente se haga uso de la ayuda o no es intrascendente (lo importante es que haya existido tal posibilidad).

42. Con esta interpretación sobre el momento consumativo, el delito de colaboración con banda armada no es un delito de mera actividad sino de resultado (de peligro): tiene que existir un resultado distinto y separado de los actos de cooperación ejecutados por el autor, consistente en la disponibilidad de la ayuda una vez se ha puesto a disposición del grupo. Así, por un lado, son imaginables muchos supuestos de colaboración (o de pertenencia) en los que la aportación queda estructuralmente en una fase del *iter criminis* anterior a la consumación; y, por el otro, no se plantean problemas sobre si la ley impide la posibilidad de admitir tanto la tentativa acabada como la inacabada en los delitos de mera actividad.

43. La teoría de los actos intermedios esenciales es la más adecuada para dar respuesta a la cuestión sobre la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos: es la postura que más retrasa el comienzo de la tentativa, sin plantear, a su vez, insatisfacciones dogmáticas y político-criminales insalvables. Teniendo en cuenta que los actos de colaboración con banda armada adelantan de modo excepcional las barreras de punición, el inicio de ejecución ha de determinarse del modo más restrictivo posible, pero sin caer en inconsistencias ni dogmáticas, ni de política criminal, como sucede con la teoría objetivo-formal.

44. Los actos preparatorios de los actos de colaboración, tanto realizados por miembros como por no-miembros, no deberían ser punibles. Teniendo en cuenta que las conductas de colaboración con banda armada suponen un avance excepcional de las barreras de punición, la tipificación de la conspiración, proposición y provocación constituye castigar hechos demasiado alejados de la efectiva lesión de un bien jurídico.

45. Los casos en los que se constata que un sujeto se puso a disposición de una organización terrorista, pero no existe prueba de ningún acto material concreto de soporte a la banda, deben ser considerados atípicos. Para que una banda armada pueda utilizar una concreta aportación realizada por un sujeto, de modo que sea susceptible de contribuir a la

comisión de delitos-fin, la organización ha de poder contar efectivamente con ella. Por tanto, no existe un favorecimiento de tales características en las meras promesas lo que sucede: en primer lugar, cuando una manifestación de voluntad verbal no implique objetivamente que la organización pueda contar con la aportación material o personal de ese sujeto a corto plazo, por ser materialmente imposible. En segundo lugar, cuando, aunque un sujeto declare su intención de ayudar a una banda armada y ello sea posible, ésta no tome en consideración su ofrecimiento. Por último, cuando la promesa se realice respecto a un concreto acto de cooperación que, finalmente, el transcurso del tiempo muestre que nunca comenzó a prepararse.

46. Los supuestos en los que la manifestación de voluntad de formar parte de una banda armada no se realiza a través de la palabra sino de hechos concluyentes cuyo significado inequívoco implica estar a su disposición, esto es, se inicia un entrenamiento terrorista, no pueden castigarse legítimamente como formas de colaboración. La sanción de tales conductas tendría su fundamento en el sujeto peligroso y no en el propio hecho, ya que la mera preparación no crea ningún riesgo susceptible de pervivir en el seno de la organización. Por tanto, para que puedan aplicarse los tipos de la pertenencia o la colaboración es necesario que cada sujeto empiece a realizar aportaciones concretas, es decir, que ponga en práctica las tácticas de entrenamiento aprendidas. Hasta ese momento quienes se preparan son “aspirantes”, pero todavía no son miembros ni colaboradores del grupo armado. Ahora bien, en estos supuestos, existe una estructura de preparación respecto al delito de pertenencia, que, ciertamente, puede castigarse *lege lata* si concurren los requisitos de la conspiración, proposición o provocación.

47. El castigo de algunos actos de entrenamiento puede legitimarse desde la lógica del injusto de los delitos de amenazas que recurre a la idea de protección –autónoma- de la seguridad. El aspecto comunicativo del comportamiento consistente en entrenarse puede ser lo suficientemente serio como para que, pese a no dirigirse la amenaza contra individuos concretos, sea legítimo su castigo. Que alguien sea sorprendido en un campo de entrenamiento promovido por una organización terrorista y respecto al que se tiene noticia que han pasado la mayoría de sus miembros activos, es una conducta idónea para afectar a la seguridad general de una sociedad. En estos casos, dicho entrenamiento reviste una importancia tal que suple la falta de individualización de la víctima específica de la amenaza.

48. Pertenecer o colaborar con organización criminal significa algo más que estar de acuerdo con los postulados del grupo armado, esto es, abrazar su ideario. Así, no es punible la integración o cooperación simplemente formales, es decir, la mera adhesión ideológica al sistema que representa la organización terrorista no es suficiente como título de imputación en los delitos de pertenencia a banda armada o colaboración con ésta. Por el contrario, es necesario que se preste algún tipo de soporte material o logístico, ya sea a través de hechos, de ideas o de experiencias.

49. Los grupos que presten un mero respaldo político o mediático a una banda armada terrorista no pueden ser tildados de organización terrorista –ni de asociación ilícita, en general-, por mucho que compartan sus fines o su ideología. Así, respecto al aparato político, internacional y mediático de ETA dirigido por la estructura KAS-EKIN-EGIN y Gestoras Pro-Amnistía hay que distinguir dos tipos de actividades: por un lado, las actividades desarrolladas por dichos grupos cuya pretensión es la de cooperar con los fines del frente militar de la organización terrorista; por el otro, en cambio, aquellas aportaciones a la actividad delictiva de ETA. Mientras que estos últimos comportamientos son formas típicas de colaboración con banda armada, aquellas otras conductas son perfectamente lícitas. De este modo, cuando una asociación realiza tanto actividades legales como ilegales sólo puede condenarse –por terrorismo- a los sujetos que colaboraron con esa “rama” ilícita a través de hechos concretos, pero no a quienes ayudaron en el plano ideológico o político, ni a aquéllos que desempeñaron una conducta neutral dentro de tales organizaciones.

50. Del mismo modo, si quien colabora con esa asociación “bipolar” es, a su vez, otra organización hay que determinar a qué sector de actividad –la terrorista o la legal- le presta su ayuda. Así, por ejemplo, si se prueba que HB, más allá de realizar una función política, cooperó materialmente con ETA, únicamente pueden castigarse a los miembros de otro grupo que colaboren con dicha actividad ilegal. De este modo, por ejemplo, sólo es posible condenar a los integrantes de ANV como pertenecientes a una organización terrorista en tanto en cuanto cooperen, a sabiendas, con las acciones de HB tendentes, a su vez, a ayudar materialmente a ETA.

51. Las conductas descritas en el art. 577 CP responden a la lógica de la colaboración con banda armada. En esta modalidad de ayuda, sujetos que no pertenecen a una organización terrorista le prestan su apoyo mediante la ejecución de delitos susceptibles de crear un clima de inseguridad y alarma. En concreto, colaboran con la finalidad de implantar el terror en la sociedad, la cual es perseguida por el terrorismo en orden a la

consecución de una meta política. Así, las acciones de violencia urbana o *kale borroka* que refuerzan el clima de intimidación perseguido por ETA mediante la ejecución de delitos de daños, incendios y desórdenes públicos encuentran acomodo en esta modalidad.

52. Existen distintas explicaciones posibles respecto al bien jurídico tutelado en el delito de apología del terrorismo (art. 578 CP). En primer lugar, la protección autónoma del honor de las víctimas del terrorismo y sus familiares. En segundo lugar, la salvaguarda, también de manera independiente, de la libertad o la seguridad general de las personas, esto es, la paz pública. Y, en tercer lugar, los bienes individuales lesionados por los actos terroristas, es decir, su vida, salud, integridad, libertad, propiedad, etc.

53. El honor de un colectivo no puede protegerse legítimamente en un Estado democrático a costa de limitar la manifestación de determinados posicionamientos político-ideológicos. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar ideas diversas e incluso contrapuestas. Así, es el ofendido quien tiene que cargar con los agravios que pueda sentir a partir de determinadas opiniones, no el disidente.

54. El principal problema de considerar que el delito tipificado en el art. 578 CP es un delito de clima, ya como injusto autónomo, ya como injusto preparatorio, reside en que se está restando capacidad de autonomía al individuo transfiriéndola al Estado. En un orden político en el que rige el principio de soberanía popular tiene que presuponerse una comunidad de sujetos autónomos, esto es, de seres que se rigen por su razón y, en consecuencia, han de ser capaces de decidir correctamente por sí mismos, examinado todos los argumentos, incluso los que presuntamente conducen a una solución incorrecta. De este modo, si una persona decide delinquir con base en manifestaciones que son producto de la libertad de expresión y del pluralismo político propios de un Estado democrático, se rompe el nexo de imputación entre la expresión y el daño.

55. En definitiva, ninguno de dichos bienes reviste una entidad tal que se convierta en merecedor de tutela jurídico penal a costa de la libertad de expresión. Así, aunque la apología cause daños a la sociedad e, incluso, cree y manifieste peligros, está amparada en los derechos a manifestar determinadas opiniones y a disentir políticamente. Por ello, es inconstitucional a la luz del art. 20 CE.

56. Dado que no es de recibo esperar que el legislador español vaya a depurar, en breve, el ámbito de las conductas típicas relacionadas con el terrorismo, sirva, al menos de *lege lata*, la concepción del bien jurídico como pauta interpretativa en la aplicación de este precepto por parte de los tribunales. La configuración del enaltecimiento y la justificación del terrorismo como delito de clima es la que debería adoptarse en la práctica, ya que es la postura que permite una mayor restricción de su marco típico. Únicamente desde la óptica de los *clima delicta* es posible dejar de lado sentimientos subjetivos de indignación, humillación o miedo y, por tanto, neutralizar el peligro que conlleva castigar un comportamiento con base en la mera sensación social de perplejidad, descrédito o terror. Así, sólo deberían punirse las conductas de apología que reunieran los siguientes requisitos: en primer lugar, respecto al sujeto activo, su trascendencia o relevancia en el colectivo considerado influenciable por sus declaraciones, en orden a la comisión de futuros delitos; en segundo lugar, la violencia como objeto del enaltecimiento o la justificación, no los ideales políticos, ni las meras figuras de terroristas, por muy representativas que éstas sean; y, por último, la perpetración de estos hechos en lugares y condiciones que aseguren la transmisión de su contenido a dicho colectivo maleable, es decir, al segmento social identificado con las actividades y finalidades de una banda armada terrorista.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *The Legitimacy of International Organizations*, COICAUD, Jean-Marc/HEISKANEN, Veijo (eds.), Tokyo-New York-Paris, 2001.
- AAVV, ***Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?***, JORGE BARREIRO, Agustín/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (eds.), Barcelona, 2007.
- ABAD CASTELOS, Montserrat, “La toma de rehenes como crimen internacional”, en *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Cuadernos de Estrategia, 133, 2006, pp. 137-204.
- ACALE SÁNCHEZ, María, “**Previsiones sancionadoras en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002**, sobre la lucha contra el terrorismo y su transposición al Derecho penal español”, en AAVV, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, 2007, pp. 217-255.
- LA MISMA, “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, en FARALDO CABANA, Patricia (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, pp. 341-380.
- ACKERMAN, ***Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism***, United States of America, 2006 (versión castellana: *Antes de que nos ataquen de Nuevo*, Barcelona, 2007, traducido por Agustín José Menéndez).
- EL MISMO, “This is Not a War”, en *The Yale Law Journal*, 113, June, 2004, pp. 1.871-1.907.
- EL MISMO, “The Emergency Constitution”, en *The Yale Law Journal*, 113, March, 2004, pp. 1.029-1.091.
- ADDICOTT, Jeffrey F., “**Into the Star Chamber: Does the United States Engage in the Use of Torture or Similar Illegal Practices in the War on Terror?**”, en *Kentucky Law Journal*, 92, Summer 2003/2004, pp. 849-912.
- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999.

- AGUIRRE, Mariano, “¿Hay dudas sobre la tortura?”, en *La Vanguardia* de 22 de abril de 2005, p. 29.

- ALBRECHT, Hans-Jörg, “**Respuestas legislativas al 11 de septiembre.** Un análisis comparado de la legislación antiterrorista”, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pp. 1.139-1.164 (traducido por M^a Isabel Serrano Maíllo).

EL MISMO, “**Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa:** concepto y comprobaciones empíricas”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pp. 259-281.

EL MISMO, “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 471-487 (traducido por Ricardo Robles Planas).

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, 2001.

EL MISMO, “La protección de futuro y los daños cumulativos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2001, pp. 143-174.

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, 2000.

- ALEO, Salvatore, *Sistema penale e criminalità organizzata: le figure delittuose associative*, Milán, 2005.

- ALEXANDER, Yonah, “**Terrorism in the Twenty-First Century:** Threats and Responses”, en *DePaul Business Law Journal*, 12, Fall, 1999/Spring, 2000, pp. 59-95.

- ÁLVAREZ GARCÍA, José Javier, “**Principio de proporcionalidad.** Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna”, en *La Ley*, 1999, (www.laley.net).

- AMBOS, Kai, “**Derecho penal y guerra:** ¿Intervención punible del gobierno alemán en la guerra de Irak?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 15, 2005, pp. 171-195.

- APONTE C., Alejandro David, ***Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia***, Estudios Ocasionales, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de los Andes, Santa Fé de Bogotá, julio de 1999.

- ARAUJO, Robert John, “**A Judicial Response to Terrorism: The Status of Military Commissions Under Domestic and International Law**”, en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 11, Spring, 2003, pp. 117-140.

- ARIAS EIBE, Manuel José, “**Las reglas de determinación de la pena y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tras las últimas reformas del Código Penal**”, en *La Ley* de 22 de junio de 2007 (www.laley.net).

- ARIDOR BAR-ILAN, Yael, “Justice: When Do We Decide?”, en *Connecticut Law Review*, 39, February, 2007, pp. 923-972.

- ARROYO ZAPATERO, Luís, “Terrorismo y sistema penal”, en *Reforma política y Derecho*, Madrid, 1985, pp. 155-210.

EL MISMO, “**La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo**”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 15, 1981, pp. 379-426.

- ASÚA BATARRITA, Adela, en “El dilema de Juana”, en *La Vanguardia* de 27 de enero de 2007.

LA MISMA, “**El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’ y conductas periféricas**”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 239-276.

LA MISMA, “**Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental**”, en ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, pp. 41-87.

LA MISMA, “**Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (Comentario a la sentencia de 29 de noviembre de la Sala Penal del Tribunal Supremo)**”, en *La Ley*, 1998, (www.laley.net).

- AVILÉS, Juan, “Democratización y terrorismo en Irak”, en la página web del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos (www.realinstitutoelcano.org), Área de Defensa y Seguridad/Terrorismo Internacional, ARI nº 130/2003, 6 de noviembre de 2006.

EL MISMO, “¿Es Al-Qaeda una amenaza para Europa?”, en la página web del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos (www.realinstitutoelcano.org), 16 de julio de 2002.

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “**Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de los Derechos humanos** cometidas en el extranjero”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.), *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº VII, 2001, pp. 199-223.

EL MISMO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Madrid, 1998.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *El parentesco en Derecho penal*, Barcelona, 1973.

- BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994.

- BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, Granada, 2004.

- BARNES, Javier, “La legitimación democrática de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 49, enero-abril 1997, pp. 353-358.

- BARQUÍN SANZ, Jesús, “Comentario al artículo 170”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo VI, 1999, pp. 171-181.

EL MISMO, “Apología del genocidio”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social. Delito de apología a la discriminación de las personas y sobre las penas del genocidio*, tomo XVIII, Madrid, 1997, pp. 375-380.

- BATISTA GONZÁLEZ, Mª Paz, “**Provocación y Apología**. El art. 18 del nuevo Código Penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, anuario 88, curso 1996-1997, pp. 63-68.

- BAUCELLS I LLADÓS, Joan, *La delincuencia por convicción*, Valencia, 2000.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, 1983.
- BECK, Ulrich, *Sobre el terrorismo y la Guerra*, Barcelona, 2003 (traducido por Rosa S. Carbó).
- EL MISMO, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona-Buenos Aires-México, 2007 (traducido por Rosa S. Carbó).
- EL MISMO, “El mundo después del 11-S”, en *El País* de 19 de octubre de 2001, p. 25.
- BEGORRE-BRET, Cyrille, “**Terrorism, Globalization and the Rule of Law: The Definition of Terrorism and the Challenge of Relativism**”, en *Cardozo Law Review*, 27, March, 2006, pp. 1.987-2.004.
- BELESTÁ SEGURA, Luis, “La reincidencia en la doctrina española actual”, en *Actualidad Penal*, 2001-2, pp. 575-594.
- BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “**Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información-terrorismo: la ‘apología’ del terrorismo**”, en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Madrid, 1990, pp. 17-37.
- BENEYTEZ MERINO, Luis, “Del encubrimiento: artículo 454”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, pp. 4.242-4.245.
- BENLOCH PETTI, Guillermo, “Tema 17: Delitos contra la administración de justicia”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2006, pp. 331-356.
- EL MISMO, “**El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2001, pp. 175-227.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española”, en *Pena y Estado*, nº 1, Septiembre-Diciembre 1991, pp. 91-99.

- BERGALLI, Roberto, “**Libertad y seguridad**: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía”, en LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, Francisco (coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, 2004, pp. 59-77.
- BERMEJO, Mateo G., “**La ponderación de intereses en el estado de necesidad** y el delito de tráfico de drogas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 2005”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2005, fascículo III, pp. 939-965.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, “**Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000** de 22 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo”, en *La Ley*, 2001, (www.laley.net).
- BIGIO, Isaac, ¿Es viable el concepto de terrorismo?, en *Fractal* de 16 de febrero de 2002, <http://www.analitica.com/cyberanalitica/fractal/6672581.asp>
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “**La excarcelación tenía un precio**: el Tribunal enmienda la plana al legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, Enero-Abril 2000, pp. 277-342.
- BILDER, Richard B./VAGTS, Detlev F., “**Speaking Law to Power**: Lawyers and Torture”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 151-161.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “Terrorismo internacional: la amenaza global”, en DÍAZ SANTOS, María Rosario/FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Madrid, 2003, pp. 209-234.
- BLAY VILLASANTE, Francisco, “Delito de integración en bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), *Comentarios a la legislación penal. La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, tomo XI, Madrid, 1990, pp. 69-120.
- BONANATE, Luigi, “Dimensioni del terrorismo político”, en *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*, Milano, 1979, pp. 152-176.

- BOWKER, David W., “Unwise Counsel”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 183-202.

- BRENNER, Susan W./GOODMAN, Marc D., “**In Defense of Cyberterrorism**: an Argument for Anticipating Cyber-Attacks”, en University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy, Spring, 2002, pp. 1-57.

- BUENO ARÚS, Francisco, “Principios generales de la legislación antiterrorista”, en *Estudios de Derecho penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 11, Madrid, junio 1986, pp. 135-145.

EL MISMO, “Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas”, en *La Ley*, 1990-1, (www.laley.net).

EL MISMO, “Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo”, en DEL CAMPO, Salustiano (dir.), *Terrorismo Internacional*, Madrid, 1984, pp. 113-152.

EL MISMO, “Aspectos jurídicos del terrorismo”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 228-231, 1980, pp. 51-89.

- BUFACCHI, Vittorio/ARRIGO, Jean Maria, “**Torture, Terrorism and the State**: a Refutation of the Ticking-Bomb Argument”, en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, nº 3, 2006, pp. 355–373.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “In-seguridad y lucha contra el terrorismo”, en LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, Francisco (coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, 2004, pp. 403-410.

- CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (coords.), *Código Penal Comentado*, Barcelona, 2004.

- CAMPO MORENO, Juan Carlos, “El enaltecimiento o la justificación de los delitos terroristas o de sus autores”, en *La Ley*, 2001, (www.laley.net).

EL MISMO, *Los actos preparatorios punibles*, Valencia, 2000.

EL MISMO, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia, 1997.

- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Madrid, 2008, pp. 1.879-1.906.

EL MISMO, “**El injusto de los delitos de organización: peligro y significado**”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007, pp. 1-50, (www.iustel.com).

EL MISMO, “**Algunas consideraciones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación**”, en FARALDO CABANA, Patricia (dir.)/PUENTE ABA, Luz María/SOUTO GARCÍA, Eva María (coords.), *Derecho Penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, pp. 161-170.

EL MISMO, *Estructura típica e injusto en los delitos de terrorismo. Un estudio de Derecho penal español*, trabajo de habilitación 1/170/2005 al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, *pro manuscripto*.

EL MISMO, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, 2006, pp. 85-152.

EL MISMO, “**‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo.** Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la Democracia*, nº 44, julio/2002, pp. 19-26.

EL MISMO, “De los delitos de terrorismo: artículos 571 a 580”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.)/JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 1.385-1.395.

- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-14 (2008), pp. 1-31, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

- CAPELLÀ I ROIG, Margalida, “Los crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 10, 2005, pp. 1-13, (www.reci.org).

- CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid, 2008.

- CAPOZZI, Julia Y., “Hamdan v. Rumsfeld: A Short-Lived Decision?”, en *Whittier Law Review*, 28, Summer, 2007, pp. 1.303-1.333.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “**Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal**”, en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 49-56.
- EL MISMO, “Terrorismo”, en “Delitos contra el orden público”, en VIVES ANTÓN, Tomás S./BOIX REIG, Javier/ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Valencia, 2004, pp. 1.041-1.055.
- EL MISMO, “**Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación** de la rebelión y el terrorismo”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), *Comentarios a la legislación penal. El Derecho Penal del Estado Democrático*, tomo II, Madrid, 1983, pp. 191-201.
- EL MISMO, “Apología de los delitos contra la seguridad interior del estado”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), *Comentarios a la legislación penal. El Derecho Penal del Estado Democrático*, tomo II, Madrid, 1983, pp. 239-249.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos/VIVES ANTÓN, Tomás S., “De los delitos de terrorismo”, en VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, pp. 2.115-2.128
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos/ORTS BERENGUER, Enrique, “Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 181-194.
- CARMONA SALGADO, Concepción, “**Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor** (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 47, 1992, pp. 573-580.
- CASEY, Lee A./RIVKIN JR., David B., “Rethinking the Geneva Conventions”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 203-213.

- CATALINA BENAVENTE, María de los Ángeles, “**Los supuestos de detención en los casos de terrorismo: propuesta para una reforma**”, en FARALDO CABANA, Patricia (dir.)/PUENTE ABA, Luz María/SOUTO GARCÍA, Eva María (coords.), *Derecho Penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, pp. 171-218.
- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal: Parte General (Lecciones 26-40)*, 2ª ed., Madrid, 2000.
- EL MISMO, *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito/1*, 5ª ed., Madrid, 1997.
- CHAZARRA QUINTO, María Asunción, “**La lucha contra el terrorismo versus el respeto a los derechos fundamentales: la política criminal española tras los macroatentados terroristas**”, en Internet: www.derechopenalonline.com.
- CHESNEY, Robert M., recensión titulada: “**Careful Thinking About Counterterrorism Policy: Terrorism, Freedom, and Security: Winning Without War**. By Philip B. Heymann”, en *Journal of National Security Law & Policy*, 1, 2005, pp. 169-186.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Madrid, 2000.
- CID MOLINÉ, José, “El sistema penitenciario en España”, en *Jueces para la Democracia*, nº 45, enero/2002, pp. 15-27.
- CLARK, Wesley K., *¿Qué ha fallado en Irak? La guerra, el terrorismo y el imperio americano*, Barcelona, 2003 (traducido por Juan Rabasseda-Gascón).
- CLARK, Wesley K./RAUSTIALA, Kal, *Why Terrorists Aren't Soldiers*, en *The New York Times* de 8 de agosto de 2007 (www.nytimes.com).
- COBO DEL ROSAL, Manuel, “Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 103-113. (Incluye su artículo titulado “La cateta perversidad de la ‘apología’ criminal en el Código Penal vigente”, publicado en *La Razón* de 20 de agosto de 2000).
- COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “Lección 60. Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo”, en COBO DEL

ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2004. pp. 1.123-1.140.

- COHAN, John Alan, “Torture and the Necessity Doctrine”, en *Valparaiso University Law Review*, 41, Summer 2007, pp. 1.587-1.632.

- COHEN, Barak, “**Democracy and the Mis-Rule of Law: The Israeli Legal System’s Failure to Prevent Torture in the Occupied Territories**”, en *Indiana International and Comparative Law Review*, 12, 2001, pp. 75-105.

- COHEN, Stanley/GOLAN, Darhan, “**The interrogation of palestinians during the Intifada: ill-treatment, ‘moderate physical pressure’ or torture?**”, The Israeli Information Center for Human Rights in the occupied territories, March, 1991, (http://www.btselem.org/Download/199103_Torture_Eng.doc).

- COLE, David, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, 2ª ed., New York, 2005.

EL MISMO, “Outlaws on torture”, en *The Nation* de 28 de junio de 2004, (www.thenation.com).

EL MISMO, “**The Priority of Morality: The Emergency Constitution’s Blind Spot**”, en *Yale Law Journal*, 113, June, 2004, pp. 1.753-1.799.

EL MISMO, “Enemy Aliens”, en *Stanford Law Review*, 54, May, 2002, pp. 953-1.004.

EL MISMO, “Enemy Aliens and American Freedoms”, en *The Nation* de 23 de septiembre de 2002, (www.thenation.com).

- COLE, David/DEMPSEY, James X., *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties for National Security*, 3ª ed., New York, 2006.

- COLE, David/LOBEL, Jules, *Less Safe, Less Free. Why America Is Losing the War on Terror*, New York-London, 2007.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “De los estragos: artículo 346”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, pp. 3.314-3.322.

- CONROY, John, *Unspeakable Acts, Ordinary People: The Dynamics of Torture*, New York, 2000.

- CORDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966.
- CRUZ BLANCA, María José, “**La Ley de Responsabilidad Penal de los menores tras la reforma** operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 75, 2001, pp. 481-515.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito* (*Los actos preparatorios de la participación*), Barcelona, 1978.
- CUERDA-ARNAU, María Luisa, “**El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión**”, en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 128, 2007, pp. 89-121.
- LA MISMA, “**Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento**”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007, pp. 1-43, (www.iustel.com).
- LA MISMA, “**El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades** como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna”, en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 129-176.
- LA MISMA, “**El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales**”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 56, 1999, pp. 63-117.
- LA MISMA, “Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología”, en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, nº 1757, 5 de octubre de 1995, pp. 87-116.
- LA MISMA, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, 1985.
- CUERDA RIEZU, “**El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot: observaciones legales y constitucionales**”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2006, pp. 215-296.

- CUGAT MAURI, Miriam, “De los estragos”, en “De los delitos de riesgo catastrófico”, en CORDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 1.494-1.499.
- DAMIÁN MORENO, Juan, “¿Un Derecho Procesal de enemigos?” en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 457-472.
- DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, 1998.
- DE PRADA SOLAESA, José Ricardo, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, en *Jueces para la Democracia*, nº 25, marzo/1996, pp. 73-77.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 949-968.
- EL MISMO, “Lección 7. Delitos contra la libertad II”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2004, pp. 189-205.
- EL MISMO, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, en VIVES ANTÓN, Tomás/MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dirs.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996, pp. 185-213.
- EL MISMO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal)*, Madrid, 1986.
- DEL CAMPO, Salustiano, “Terrorismo y sociedad democrática”, en DEL CAMPO, Salustiano (dir.), *Terrorismo Internacional*, Madrid, 1984, pp. 347-359.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006.
- DE LA CUADRA, Bonifacio, “De Juana y los jueces”, en *El País* de 18 de noviembre de 2006 (www.elpais.com).

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 30, 1986, pp. 559-602.

EL MISMO, ”**¿Justificación de la tortura?** Insuficiencias de la normativa penal internacional”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, pp. 695-705.

- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Las reformas penales de 2003”, en FARALDO CABANA, Patricia (dir.)/PUENTE ABA, Luz María/RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (coords.), *Política criminal y reformas penales*, Valencia, 2007, pp. 1-34.

- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, “La Audiencia Nacional y la unidad de jurisdicción”, en *El poder judicial*, tomo III, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 1.983-2.011.

- DE QUEROL Y LOMBARDEO, José F., “Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), *Comentarios a la legislación penal. La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, tomo XI, Madrid, 1990, pp. 435-468.

- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “El Terrorismo como forma de organización delictiva”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 49, mayo, 2008, (www.laley.es).

- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “**El ‘Derecho penal del enemigo’ Darf nicht sein!** Sobre la ilegitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, en AAVV, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, 2007, pp. 123-148.

EL MISMO, “Del ‘Derecho penal liberal’ al ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 14, 2004, pp. 87-115.

- DERSHOWITZ, Alan M., “Torture Should Be Legalized and Regulated”, en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, 2005, pp. 22-25.

EL MISMO, **¿Por qué aumenta el terrorismo?** *Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Madrid, 2004 (traducido por Gabriel Rosón).

EL MISMO, “Tortured reasoning”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 257-280.

- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 9ª ed., Madrid, 1998.

- DÍAZ BARRADO, Cástor Miguel, “El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo”, en *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Cuadernos de Estrategia, 133, 2006, pp. 53-80.

- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “La apología específica del artículo 268”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 32, 1987, pp. 289-304.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 4, 2006, (<http://www.criminologia.net/>).

EL MISMO, “**De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado**”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 553-602 (también publicado en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, pp. 267-305).

EL MISMO, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03 (2004), pp. 1-34, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

EL MISMO, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003.

EL MISMO, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en ARROYO ZAPATERO, Luis/NEUMANN, Ulfrid/NIETO MARTÍN, Adán, *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, pp. 147-172 (también en *Actualidad penal*, nº 1, 1 al 7 de enero de 2001, pp. 1-22).

EL MISMO, “El Derecho penal ante el terror”, en *El País* de 12 de octubre de 2000, (www.elpais.es).

EL MISMO, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, en *Jueces para la Democracia*, nº 30, noviembre/1997, pp. 10-19.

- DINH, Viet D., “Freedom and Security after September 11”, en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E.

(eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, 2004, pp. 105-113.

- DORF, Michael C., “Renouncing torture”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 247-252.

- DORFMAN, Ariel, “**The Tyranny of Terror**: is Torture Inevitable in Our Century and Beyond?”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 3-18.

- DOUCET, Ghislaine, “**Terrorisme**: définition, juridiction pénale internationale et victims”, en *Revue Internationale de Droit Penal (Victimes et Terrorisme)*, 76, 3°/4° trimestre, 2005, pp. 251-273.

- DRATEL, Joshua, “The curious debate”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 111-117.

- DUBBER, Markus D., “**Guerra y paz**: Derecho Penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del Derecho Penal estadounidense”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 685-724.

- DUBENSKY, Joyce S./LAVERY, Rachel, “Torture: An Interreligious Debate”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 162-182.

- DUFFY, Helen, *The “War on Terror” and the Framework of International Law*, New York, 2005.

- EARLEY, Brian W., “**The War on Terrorism and the Enemy Within**: Using Military Commissions to Prosecute U.S. Citizens for Terrorist-Related Violations of the Laws of War”, en *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 30, Winter, 2004, pp. 75-103.

- EBILE NSEFUN, Joaquín, *El delito de terrorismo. Su concepto*, Madrid, 1985.

- ELSHTAIN, Jean Bethke, “Reflections on the Problem of ‘Dirty Hands’”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 77-89.

- EMBAR-SEDDON, Ayn, “**Cyberterrorism**. Are We Under Siege?”, en O’DAY, Alan (ed.), *Cyberterrorism*, Hants-Burlington, 2004, pp. 11-21.

- ESPINA RAMOS, Jorge Ángel, “**La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras**”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 11, 2004-1, pp. 23-37.

- ESPINOSA, Javier, **Los nacionalismos contra Europa**. A propósito de *La inclusión del otro* de Habermas, Comunicación presentada en las IX Jornadas de Filosofía celebradas en Albacete en 2006 (disponible en http://sfcf.filosofos.org/modules/news/article.php?storyid=40#_edn18).

- ESTREICHER, Samuel/O'SCANLAIN, Diarmuid, “Hamdan's Limits And The Military Commissions Act”, en *Constitutional Commentary*, 23, Winter, 2006, pp. 403-421.

- ETXEABARRIA ZARRABEITIA, Xabier, “**Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000**, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 53, 2001, pp. 77-120.

- EVANS, Christopher M., “**Terrorism on Trial: The President's Constitutional Authority to Order the Prosecution of Suspected Terrorists by Military Commission**”, en *Duke Law Journal*, 51, April, 2002, pp. 1.831-1.856.

- EVERETT, Robinson O., “The Role of Military Tribunals under the Law of War”, en *Boston University International Law Journal*, 24, Spring, 2006, pp. 1-14.

- FALK, Richard, *The Great Terror War*, New York, 2003.

- FARALDO CABANA, Patricia, “**Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo** y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, en CANCIO MELIÁ, Manuel, Carlos/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 757-798.

LA MISMA, “**Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales**. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las

penas”, en FARALDO CABANA, Patricia (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, pp. 299-340.

- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

EL MISMO, “**Sobre la ‘administrativización’ del Derecho Penal en la ‘sociedad del riesgo’**. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, 2006, pp. 137-176.

EL MISMO, “Sobre el contenido y evolución del derecho penal español tras la LO 5/2000 y 7/2000”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001, pp. 9-70.

EL MISMO, “**Recensión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*** (*La punibilidad de la negación de la existencia de Auschwitz*), de Thomas WANDRES. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 129), Berlín, 2000, 338 páginas” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2000, pp. 1.187-1.211.

EL MISMO, “**Reflexiones sobre los delitos de genocidio** (art. 607 del Código Penal)”, en *La Ley*, 1998, (www.laley.net).

EL MISMO, “De los estragos: artículos 346-347”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.)/JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 956-961.

- FELDMAN, Noah, “Ugly Americans”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 267-279.

- FELIP I SABORIT, David, “El homicidio y sus formas”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2006, pp. 25-46.

EL MISMO, “Las lesiones”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2006, pp. 61-77.

- FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel, “Delitos contra el orden público”, en FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel/GANZENMÜLLER

ROIG, Carlos/ESCUDERO MORATALLA, José Francisco/FRIGOLA VALLINA, Joaquín/VENTOLÁ ESCUDERO, Flora, *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional*, Barcelona, 1998, pp. 11-482.

- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, *Ley de partidos políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo*, Valencia, 2008.

- FERNÁNDEZ MONZÓN, Manuel, “Prensa, opinión pública y terrorismo”, en DEL CAMPO, Salustiano (dir.), *Terrorismo Internacional*, Madrid, 1984, pp. 65-80.

- FERRACUTI, Franco, en DEL CAMPO, Salustiano (dir.), *Terrorismo Internacional*, Madrid, 1984.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Madrid, 1995 (traducido por Perfecto Andrés Ibáñez).

EL MISMO, “**La legge sulla dissociazione**: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza”, en *Questione giustizia*, nº 2, 1987, pp. 268-277.

EL MISMO, “La violencia y la política”, en *Justicia y Delito*, Madrid, 1982, pp. 65-88 (traducido por Perfecto Andrés Ibáñez).

- FRICTON, Josiah Ramsey, “**The Balance of Power: The Supreme Court's Decision on Military Commissions** and the Competing Interests in the War on Terror”, en *William Mitchell Law Review*, 33, 2007, pp. 1.693- 1.715.

- FUENTES OSORIO, Juan Luís, *La preparación delictiva*, Granada, 2007.

- FUSTER-FABRA TORRELLAS, José María, *Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo*, Barcelona, 2001.

- GAETA, Paola, “May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorist?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2 (2004), pp. 785-794.

- GALÁN MARTÍN, José Luís, “El *Caso Scilingo*: breve crónica judicial”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 25, abril, 2006, (www.laley.es).

- GALIARDO LÓPEZ, Arantza, “Consideraciones en torno a la Sentencia T.S. 2/1997”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, nº 2, 1998, pp. 542-547.
- GALLEGO SOLER, José-Ignacio, *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Barcelona, 1999.
- GARCÍA ALBERO, Ramón/TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2004.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes/LÓPEZ GARRIDO, Diego, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, “De los delitos de terrorismo”, en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 2.603-2.633.
- LA MISMA, “Castigo satisfactorio o reinserción eficaz”, en *El Periódico* de 7 de enero de 2003.
- LA MISMA, “El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial español”, en LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2000, pp. 63-87.
- GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto, “Terrorismo y tipificación penal”, en *Actualidad Penal*, nº 48, 25 al 31 de diciembre de 2000, pp. 1.019-1.025.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 924-948.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, “Aproximación a la determinación de la pena en los delitos de terrorismo”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Madrid, 2008, pp. 919-948.
- LA MISMA, “**Delitos de terrorismo, cumplimiento de pena y separación de poderes: el caso ‘De Juana Chaos’**”, en *La Ley Penal:*

Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 41, septiembre, 2007, (www.laley.es).

LA MISMA, *La coautoría en Derecho Penal*, Valencia, 2006.

- GARCÍA GURRIONERO, Mario/ECHART, Nazareth/CANEL, María José, “**La cobertura del terrorismo como episodio terrorista y fatídico: análisis comparado de discursos informativos**”, II Congreso de Comunicación Política, 8 y 9 Marzo de 2007, Facultad de Ciencias de la Información, en Internet: <http://www.ucm.es/info/compolit/programa%20convocatoria.htm>.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Asociaciones ilícitas y terroristas”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal. El Derecho Penal del Estado Democrático*, tomo II, Madrid, 1983, pp. 109-171.

EL MISMO, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona, 1978.

EL MISMO, “La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1976, fascículo I, pp. 87-115.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio, “**La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana**”, en JORGE BARREIRO, Agustín/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Barcelona, 2007, pp. 23-55.

EL MISMO, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997.

- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “**La tipificación ‘europea’ del delito terrorista** en la Decisión Marco de 2002”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 4, 2005, (www.iustel.com; actualizado en AAVV, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, 2007, pp. 283-306, bajo el título “La tipificación ‘europea’ del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas”).

- GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, “**Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995**”, en CUERDA RIEZU, Antonio (dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid, 2006, pp. 33-74.

- GARCÍA SAN PEDRO, José, “**Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional**”, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pp. 1.215-1.236.

EL MISMO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid, 1993.

- GARCÍA VALDÉS, Carlos, “**La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas**”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1984, fascículo II, pp. 293-303.

- GARGANI, Alberto, “416 *bis* Dei delitti contro l’ordine pubblico”, en PADOVANI, Tullio (dir.), *Codice Penale*, 3ª ed., Milano, 2005, pp. 1.972-1.986.

- GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, 2005 (traducido por Máximo Sozzo).

- GARRIDO FALLA, Fernando, “Artículo 1º”, en GARRIDO FALLA, Fernando et. al., *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Madrid, 1985, pp. 23-40.

- GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1990.

- GARZÓN, Baltasar, “La respuesta”, en *El País* de 2 de octubre de 2001 (www.elpais.es).

- GERSTEIN, Robert S., “¿Tienen derechos los terroristas?”, en RAPOPORT, David C., *La moral del terrorismo*, Barcelona, 1985, pp. 94-114.

- GIL GIL, Alicia, “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r1 (2005), pp. 1-18, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

LA MISMA, “**Informes nacionales. España**”, en AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003, pp. 335-402.

LA MISMA, “**Los crímenes contra la humanidad y el genocidio** en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los elementos de los

crímenes”, en AMBOS, Kai (coord.), *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*, Valencia, 2002, pp. 65-104.

LA MISMA, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999.

LA MISMA, ***Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio***, Madrid, 1999.

LA MISMA, “Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 4, 1999, pp. 771-798.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Prólogo a la novena edición”, en *Código Penal*, 2004, Ed. Tecnos, pp. 17-21.

EL MISMO, *Ensayos Penales*, Madrid, 1999.

EL MISMO, “**Justificación y exculpación en Derecho Penal español** en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, en ESER, Albin/GIMBERNAT, Enrique/PERRON, Walter (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Madrid, 1995, pp. 63-71.

EL MISMO, “Colaboración con banda armada y estado de necesidad”, en *El Mundo* de 9 de marzo de 1994, (www.elmundo.es).

EL MISMO, ***Introducción a la parte general del Derecho penal español***, Madrid, 1979.

- GIMENO SENDRA, José Vicente, “**Los derechos de acción penal al Juez legal** y de defensa y sus derechos instrumentales”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios a la legislación penal. Derecho Penal y Constitución*, tomo I, Madrid, 1982, pp. 141-167.

- GOLOVE, David/HOLMES, Stephen, “**Terrorism and Accountability: Why Checks and Balances Apply Even in ‘The War on Terrorism’**”, en *The NYU Review of Law and Security*, nº 2, April 2004, pp. 2-7.

- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “**Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes** y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO,

Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Madrid, 2008, pp. 949-973.

EL MISMO, “**Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad** en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, 2002-III, pp. 1.121-1.138.

EL MISMO, “**Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo** (una crítica con motivo del Proyecto de Ley Orgánica presentado por el Gobierno socialista en el Congreso el 30 de noviembre de 1983)”, en *II Jornadas de Derecho Penal*. Centro Universitario de Toledo, Toledo, 1984, pp. 45-52.

EL MISMO, “Crítica de la política penal de orden público”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16, 1982, pp.49-92.

- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El Derecho Penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, Valencia, 2007.

EL MISMO, “Libertad, Seguridad y ‘Sociedad del riesgo’”, en MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 59-90.

- GÓMEZ NAVAJAS, Justa, “Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995”, en *La Ley*, 1999, (www.laley.net).

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “**La generalización del Derecho Penal de excepción**: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad”, en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 128, 2007, pp. 227-268.

EL MISMO, “**El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho**: la doctrina del derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*, nº 19, 2007, pp. 52-69.

EL MISMO, “**El Derecho Penal frente al terrorismo**. Cuestiones y perspectivas”, en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 57-127.

EL MISMO, “Paradojas del caso Amedo”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 27, 1992, pp. 39-53.

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis /FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 3, 2008, pp. 34-58.

- GONZÁLEZ GUTIÁN, Luis, “**Algunas consideraciones sobre el concepto de apología** en el Código Penal y en el Proyecto de 1980”, en *Estudios penales y criminológicos*, IV, 1979-1980, pp. 281-309.

EL MISMO, “La apología en la reforma penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1983, monográfico nº 6, pp. 381-398.

EL MISMO, “**Algunas consideraciones sobre el concepto de apología** en el Código Penal y en el Proyecto de 1980”, en *Estudios penales y criminológicos*, IV, 1979-80, pp. 281-309.

- GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma, “**Problemática surgida con relación a la asignación a terroristas de placas en las vías públicas** ¿constituyen delito de enaltecimiento?, en *La Ley*, nº 7.021, 26 de septiembre de 2008, pp. 1-5, (www.diariolaley.es).

LA MISMA, “Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, ‘de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas’. Examen de constitucionalidad”, en *Actualidad Penal*, nº 40, 2003, pp. 1.009-1.028.

- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Estragos”, en “Lección 30. Delitos contra la seguridad colectiva. Delitos de riesgo catastrófico. Incendios”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2004, pp. 719-721.

EL MISMO, “Encubrimiento”, en “Lección 46. Delitos contra la Administración de Justicia (I)”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2004, pp. 936-939.

EL MISMO, “Comentario a los artículos 73, 75, 76, 77, 78”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Madrid, 2000, pp. 903-1.052.

- GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Ignacio, “De los estragos”, en “Tema 17: Delitos contra la seguridad colectiva”, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 456-458.
- GORDON, Sarah/FORD, Richard, “Cyberterrorism?”, en O’DAY, Alan (ed.), *Cyberterrorism*, Hants-Burlington, 2004, pp. 125-136.
- GORE, Thomas M., “**Commission Control: The Court's Narrow Holding in Hamdan v. Rumsfeld** Spurred Congressional Action But Left Many Questions Unanswered. So What Happens Now?”, en *Mercer Law Review*, 58, Winter, 2007, pp. 741-761.
- GHOSH, Shubha, “**Book Review: Belling the Cat, Virtually Review of Stuart Biegel's**. Beyond Our Control?”, en *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, Fall, 2002, pp. 240-256.
- GRACIA MARTÍN, Luís, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02 (2005), pp. 1-43, (<http://criminnet.ugr.es/recpc>).
- GRECO, Luís, “**Las reglas detrás de la excepción**. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”, en *InDret* 2/2007, (www.indret.com); traducido por Eduardo Riggi).
- GREEN, Joshua, “The Myth of Cyberterrorism”, en *Washington Monthly*, November, 2002.
- GREENBERG, Karen J./DRATEL, Joshua L. (eds.), *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, New York, 2005.
- GRINDA GONZÁLEZ, José, “**Delitos de riesgo catastrófico**. Capítulo I. Delito de estragos”, en DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier/ FARRÉ DÍAZ, Esteban/GRINDA GONZÁLEZ, José/HERVAS VERCHER, José Vicente /SOSPEDRA NAVAS, Francisco/HERREROS VENTOSA, Máximo Javier, *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva* (delitos de riesgo catastrófico e incendios), Barcelona, 1999, pp. 274-288.
- GROSS, Oren, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 229-253.

EL MISMO, “**Are Torture Warrants Warranted?: Pragmatic Absolutism and Official Disobedience**”, en *Minnesota Law Review*, 88, June, 2004, pp. 1.481-1.555.

- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *La Lucha contra el terrorismo en la sociedad de la información. Los peligros de estrategias antiterroristas desbocadas*, Madrid, 2006.

- GUILLAUME, Gilbert, “Terrorisme et droit international”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, tomo 25, 1989/III, pp. 287-416.

- GUR-ARYE, Miriam, “**Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?** Reflections in Light of the Israeli Experience”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 183-198.

- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, 1999.

- HAFFKE, Bernhard, “Reincidencia y medición de la pena”, en SCHÜNEMANN, Bernd (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, pp. 179-195 (traducido por Jesús-María Silva Sánchez)

- HALLSWORTH, Simon, “**Rethinking the punitive turn. Economy of excess and the criminology of the other**”, en *Punishment and Society*, vol. 2, nº 4, 2000, pp. 145-160.

- HASSEMER, Winfried, “**Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal**”, en *Revista Penal*, nº 11, 2003, pp. 31-40.

EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984 (traducido por Francisco Muñoz Conde y Luís Arroyo Zapatero).

- HERNÁNDEZ GIL, Félix, “Algunas observaciones sobre el artículo 216 bis a) del Código Penal”, en *La Ley*, 1984, (www.laley.net).

EL MISMO, “La apología delictiva”, en *La Ley*, 1981, (www.laley.net).

- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto, “De los delitos de terrorismo: artículos 571 a 580”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.),

Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, tomo III, Madrid, 1997, pp. 4.876-4.910.

- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando, “La ilegalización de partidos políticos del entorno terrorista”, en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 199-207.

- HERZOG, Felix, “Sociedad del riesgo, Derecho Penal del riesgo, regulación del riesgo”, en ARROYO ZAPATERO, Luis/NEUMANN, Ulfrid/NIETO MARTÍN, Adán (coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, pp. 249-258 (traducido por Eduardo Demetrio Crespo).

- HEYMANN, Philip B., “Torture Should Not be Authorized”, en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, 2004, pp. 215-217.

EL MISMO, *Terrorism, Freedom and Security: Winning Without War*, Cambridge, 2003.

- HOLMES, Stephen, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 118-135.

- HOLZER, Henry Mark, “Torture Is Sometimes Justified”, en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, 2005, pp. 16-21.

- HORGAN, John, *The Psychology of Terrorism*, New York, 2005.

- IGNATIEFF, Michael, “Si la tortura funciona”, en *Claves de razón práctica*, nº 162, 2006, pp. 4-7.

EL MISMO, “Democracia y terrorismo”, en *Claves de razón práctica*, nº 150, 2005, pp. 4-13.

EL MISMO, *El mal menor*, Madrid, 2005.

- IQBAL, Mohammad, “Defining Cyberterrorism”, en *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Winter, 2004, pp. 397-408.

- JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, Günther /CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, 2006, pp. 21-56.

EL MISMO, “¿Terroristas como personas en derecho?”, en JAKOBS, Günther /CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, 2006, pp. 57-83.

EL MISMO, “**El ocaso del dominio del hecho**: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en *El sistema funcionalista del Derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal. (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000)*, Lima, 2000, pp. 165-194.

EL MISMO, “La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”, en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, Madrid, 2000, pp. 119-145.

EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Madrid, 1997 (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo).

EL MISMO, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 293-324.

- JÁUDENES JORDANO, Juan, “Fuerzas armadas y terrorismo”, en DEL CAMPO, Salustiano (dir.), *Terrorismo Internacional*, Madrid, 1984, pp. 81-112.

- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Granada, 1993 (traducido por José Luis Manzanares Samaniego).

- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, “**Derecho Internacional Penal y Terrorismo**. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en Soroeta Licerias, Juan (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, pp. 303-348.

- JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “Dos breves apuntes acerca de la STC ‘caso mesa HB’”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 406, 23 de septiembre de 1999, pp. 1-5.

- JORDÁN, Javier (coord.), *Los orígenes del terror. Indagando en las causas del terrorismo*, Madrid, 2004.

- JUANATEY DORADO, Carmen, “**La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas** y los principios constitucionales del Derecho Penal”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 9, octubre, 2004, pp. 5-30.
- KATYAL, Neal Kumar, “Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes to Practice”, en *Harvard Law Review*, 120, November, 2006, pp. 65-123.
- KOH, Harold Hongju, “The Spirit of the Laws”, en *Harvard International Law Journal*, 43, Winter, 2002, pp. 23-38.
- KNESS, Alissa J., “**The Military Commissions Act of 2006: an Unconstitutional Response to Hamdan v. Rumsfeld**”, en *South Dakota Law Review*, 52, 2007, pp. 382-416.
- KREIMER, Seth F., “**Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror**”, en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 6, November 2003, pp. 278–325.
- KREMNITZER, Mordechai/SEGEV, Re'em, “**The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?**”, en *Israel Law Review*, 34, Fall 2000, pp. 509-559.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 41, septiembre, 2007, (www.laley.es).
- LA MISMA, “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 28, junio, 2007, (www.laley.es).
- LA MISMA, “Terrorismo”, en “Tema 22: Delitos contra el orden público”, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 684-699.
- LA MISMA, “La competencia por terrorismo en los Casos de Argentina y Chile”, en *El principio de justicia universal*, Madrid, 2001, pp. 85-88.
- LA MISMA, “Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura/MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina/DIEGO -

DÍAZ-SANTOS, M^a Rosario (coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, pp. 101-107.

LA MISMA, “**La mediación en detención ilegal**: ¿una conducta atípica o justificada?”, en *Jueces para la Democracia*, n^o 20, marzo/1993, pp. 51-65.

LA MISMA, “**Sobre el concepto de terrorismo**. (A propósito del caso Amedo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, fascículo II, pp. 535-559.

LA MISMA, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, fascículo III, pp. 955-988.

LA MISMA, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1984.

- LAMPE, Ernst-Joachim, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en *Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft*, 106, 1994, pp. 683-745.

- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena “**Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias** (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿hacia dónde?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 165-202.

EL MISMO, “**El ‘Nuevo’ Crimen de Lesa Humanidad**: una primera aproximación”, en *Revista Penal*, n^o 14, 2004, p. 70-90.

EL MISMO, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal*, Bilbao, 2000.

- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “El Derecho penal de la seguridad”, en *La Ley* de 10 de octubre de 2003, n^o 5.868, (www.laley.net).

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “¿Qué les corten la cabeza?”, en *Claves de razón práctica*, n^o 145, septiembre 2004, pp. 34-41.

- LAQUEUR, Walter, *Una historia del terrorismo*, Barcelona, 2003, traducción de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar.

EL MISMO, *La guerra sin fin. El terrorismo en el siglo XXI*, Barcelona, 2003, traducción de Ferran Esteve.

EL MISMO, *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, New York, 1999.

- LAURENZO COPELLO, Patricia, “**Marco jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia**”, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 219-282.

- LECHADO, José Manuel, *La globalización del miedo. La otra cara del terrorismo*, Madrid, 2005.

- LEIN, Yehezkel, “**Absolute Prohibition. The Torture and Ill-treatment of Palestinian Detainees**”, The Israeli Information Center for Human Rights in the occupied territories, May, 2007, (http://www.btselem.org/Download/200705_Utterly_Forbidden_eng.doc).

- LEVINSON, Sanford “**‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture In The Wake of September 11**”, en *Texas Law Review*, 81, June 2003, pp. 2.013-2.053.

- LINZ, Juan J., *Totalitarian and Authoritarian regimes*, London, 2000.

- LIROLA DELGADO, Isabel/MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*, Barcelona, 2001.

- LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006.

- LLOBET ANGLÍ, Mariona, “**¿El fin justifica los medios?** Comentario a las resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en el ‘caso De Juana Chaos’”, en prensa.

LA MISMA, “**La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas** y sus perversas consecuencias”, en *InDret* 1/2007, (www.indret.com).

LA MISMA, “Delitos contra el orden público”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2006, pp. 357-380.

LA MISMA, “**El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional**. Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006”, en *InDret* 4/2006, (www.indret.com).

LA MISMA, “Los delitos de terrorismo en el Código Penal español”, en YACOBUCCI, Guillermo (coord.), *El crimen organizado*, Buenos Aires, 2005, pp. 125-156.

- LLOVERAS FERRER, Marc-Roger, “**Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo**. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial”, en *InDret* 3/2002, (www.indret.com).

- LOBEL, Jules, “The War on Terrorism and Civil Liberties”, en *The University of Pittsburgh Law Review*, 63, Summer, 2002, pp. 767-790.

- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 1, 2003, (www.criminologia.net).

LA MISMA, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997.

- LUBAN, David, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, en *Virginia Law Review*, 91, October 2005, pp. 1.425-1.461 (artículo con el mismo título ampliado en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 35-83 (citado: “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb” (2ª versión)).

- LUCAS VERDÚ, Pablo, “Artículo 1.º Estado Social y democrático de Derecho”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo I, pp. 95-164.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/MIR PUIG, Santiago, “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/MIR PUIG, Santiago (coords.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona, 1995, pp. 21-43.

- MACCORMICK, Neil, *Legal right and social democracy. Essays in legal and political philosophy*, Oxford, 1982.

- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “Apología del terrorismo”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/GURDIEL SIERRA, Manuel/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 553-581.

- MANTOVANI, Ferrando, “El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Madrid, 2008, pp. 423-447 (traducido por Virio Guido Stipa y M^a Carmen Figueroa Navarro).

- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “**Apuntes de urgencia** sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*”, en *La Ley* de 17 de marzo de 2006, (www.laley.net).

EL MISMO, “El cumplimiento íntegro de las penas”, en *Actualidad Penal*, n^o 7, 10 al 16 de febrero de 2003, pp. 195-214.

EL MISMO, “Reformas penales en materia de terrorismo”, en *Actualidad Penal*, n^o 48, 2000, pp. 1.009-1.018.

- MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Crítica a la reforma penal anunciada”, en *Jueces para la Democracia*, n^o 47, julio/2003, pp. 6-11.

LA MISMA, “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, en *Poder Judicial*, n^o 9, marzo 1998, pp. 9-27.

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., *La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*, Granada, 1999.

- MARTÍNEZ-CARDÓS, Leandro, “El terrorismo: aproximación al concepto”, en *Actualidad Penal*, n^o 26, 1998, pp. 479- 487.

- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, “**Aplastar la serpiente en el huevo.** Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP”, en *Revista General de Derecho*, n^o 664-665, enero-febrero 2000, pp. 99-116.

- MCCARTHY, Andrew C., “Torture: Thinking about the Unthinkable”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 98-110.

EL MISMO, “Abu Ghraib and Enemy Combatants”, en *National Review Online*, 11 de mayo de 2004 (www.nationalreview.com).

- MELCHIONDA, Alessandro, “**La legislación italiana en materia de terrorismo: Experiencia y balance**”, en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 209-237 (traducido por Antonio Fernández Hernández).

- MELL, Patricia, “**Big Brother at the Door: Balancing National Security with Privacy Under the USA PATRIOT Act**”, en *Denver University Law Review*, 80, 2002, pp. 375-427.

- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, “Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, 2001, vol. I, pp. 1.179-1.206.

- MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987.

- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid, 1991 (traducido por Marta C. C. de Iturbe).

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Barcelona, 2004.

- EL MISMO, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, en ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bizkaia, 2002, pp. 349-366.

- EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994.

- EL MISMO, *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10.14º, 10.15º, 61.6º y 516.3º*, Barcelona, 1974.

- MIRA BENAVENT, Javier, “**El caso del diario ‘Egin’**: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, fascículo II, pp. 505-528.

- MIRÓ LLINARES, Fernando, “**Persona o enemigo**; vigencia real o postulado de las normas; estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho Penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, nº 1, julio 2006, pp. 133-163.

- MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penal*, 2ª ed., Nápoles, 1997.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “**La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?**”, en CUERDA RIEZU, Antonio (dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid, 2006, pp. 265-284.
- MOORE, Kelly Anne, “Take Al Qaeda to Court”, en *The New York Times* de 21 de agosto de 2007, (www.nytimes.com).
- MOORE, Michael S., “Torture and the Balance of Evils”, en *Israel Law Review*, 23, 1989, pp. 280-344.
- MORAL DE LA ROSA, Juan, “La Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo”, en Boletín de información del Ministerio de Justicia, ARROYO ZAPATERO, Luís/NIETO MARTÍN, Adán/CRESPO BARQUERO, Pedro (coords.), *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, Año LX, Suplemento al nº 2015, de 15 de junio de 2006, pp. 57-64.
- EL MISMO, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid-Barcelona-Valencia, 2005.
- MUCH, Christian, “The International Criminal Court (ICC) and Terrorism as an International Crime”, en *Michigan State Journal of International Law*, 14, 2006, pp. 121-138.
- MUELLER, G.O.W/LANTERMAN, Jennifer L., “**Terrorism and Media Deceit**. A Study in Criminological Education and Research”, en *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, Vienna, 2004, pp. 337-351.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio, “Acerca de las reformas de 2003 al Código penal español”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2003/A, pp. 233-248.
- EL MISMO, “La Administración de Justicia y los procesos de criminalización”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 7, septiembre-diciembre 1983, pp. 147-168.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “**La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo**”, en *La generalización del Derecho penal*

de excepción: tendencias legislativas, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 128, 2007, pp. 9-50.

EL MISMO, “Delito político y derecho penal del enemigo”, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, 2006, pp. 403-410 (también publicado en *Nueva doctrina penal*, nº 1, 2006, pp. 67-74).

EL MISMO, “De nuevo sobre ‘el derecho penal del enemigo’”, en *Revista penal*, nº 16, 2005, pp. 123-137.

EL MISMO, “El nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho Penal Enemigo’”, en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (coord.), *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, 2005, pp. 167-176.

EL MISMO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed., Valencia, 2004.

EL MISMO, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia, 2002.

EL MISMO, “El nuevo Derecho Penal autoritario”, en LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, Francisco (coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, 2004, pp. 161-183.

EL MISMO, “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, en *El País* de 15 de enero de 2003 (www.elpais.com).

- NEIER, Aryeh, “**Lost Liberties.** Ashcroft and the Assault on Personal Freedom”, en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, 2004, pp. 31-41.

- NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “**Aspectos jurídicos y criminológicos de la reacción de la sociedad** en la ejecución de penas privativas de libertad en el ámbito terrorista”, en *La Ley* de 13 de marzo de 2008, nº 6.903, pp. 1-8.

- ORTS BERENGUER, Enrique, “Estragos”, en “De los delitos contra la seguridad colectiva (I): Riesgos catastróficos. Incendios”, en VIVES ANTÓN, Tomás S./BOIX REIG, Javier/ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Valencia, 2004, pp. 771-773.

EL MISMO, *Atenuante de análoga significación*, Valencia, 1978.

- OTERO GONZÁLEZ, M^a del Pilar, *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Valencia, 2003.

- OTTENHOF, Reynald, “¿Terrorismo o terrorismos? Diálogo sobre un singular plural”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, fascículo III, pp. 947-953.

- PALERMO, Omar, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona, 2006.

- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “**Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada**. Comentario a la sentencia de la audiencia nacional de 19 de diciembre de 2007 (caso Ekin)”, en *La Ley* de 18 de marzo de 2008, n^o 6.906, pp. 1-7.

- PARENTI, Christian, “**Fear as Institution**. 9/11 and Surveillance Triumphant”, en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, 2004, pp. 115-131.

- PARRY, John T., “**Escalation and Necessity**: Defining Torture at Home and Abroad”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 145-164.

- PARRY, John T./WHITE, Welsh S., “**Interrogating Suspected Terrorists**: Should Torture Be an Option?”, en *University of Pittsburgh Law Review*, 63, Summer 2002, pp. 743-766.

- PASTOR MUÑOZ, Nuria, “**El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal?** Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del ‘peligro del peligro’”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 523-548.

LA MISMA, “**¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara**, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 págs”, en *InDret* 2/2006, (www.indret.com).

LA MISMA, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, 2005.

- PATEL, Andrew G., “**Protecting National Security** without Classifying Jose Padilla an ‘Enemy Combatant’”, en *The NYU Review of Law and Security*, n° 4, April 2005, pp. 4-6.

- PEARLSTEIN, Deborah, “Reconciling Torture With Democracy”, en *The NYU Review of Law and Security*, n° 4, April 2005, pp. 3-4 (también publicado en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 253-255).

- PÉREZ AGUSTÍ, Adolfo, *El terrorismo*, Madrid, 2003.

- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “**El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal**”, en FARALDO CABANA, Patricia (dir.)/PUENTE ABA, Luz María/SOUTO GARCÍA, Eva María (coords.), *Derecho Penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, pp. 95-138 (también en AAVV, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, 2007, pp. 85-122).

EL MISMO, “Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo”, en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A./DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario (coords.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1995, pp. 227-249.

- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Derecho Penal del enemigo ¿Escarneo o prevención de peligros?”, en CANCIO MELLÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 547-569.

- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “**Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el Derecho Internacional humanitario**”, en *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Cuadernos de Estrategia, 133, 2006, pp. 83-105.

- PERIS RIERA, Jaime M./CUESTA PASTOR, Pablo J., “**Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999** (proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas), en *La Ley*, 2000-1, (www.laley.net).

- PERRON, Walter, “La legislación antiterrorista en el Derecho Penal material alemán”, en en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/GONZÁLEZ

CUSSAC, José-Luis (coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 239-253.

EL MISMO, “Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, en ESER, Albin/GIMBERNAT, Enrique/PERRON, Walter (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Madrid, 1995, pp. 73-106 (traducido por M. Carmen Alastuey Dobón).

- PFAFF, William, “The Truth about Torture”, en *The American Conservative* de 14 de febrero de 2005, (http://www.amconmag.com/2005_02_14/article1.html).

- PIGNATELLI Y MECA, Fernando, “**El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra** en el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Cuadernos de Estrategia, 133, 2006, pp. 207-240.

- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

EL MISMO, “**Reformas penales** (desde 1995 a 2002)”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 645-692.

- POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO-ORTS, Miguel, “Derecho Penal del enemigo: algunos falsos mitos”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 591-656.

- PORTERO HENARES, Manuel, “Regulación penal sobre terrorismo en los países miembros de la Unión Europea”, en AAVV, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, 2007, pp. 257-281.

- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “**Globalización del antiterrorismo: el retorno del Derecho penal al estado de naturaleza**”, en *Viento Sur*, nº 83, 2005, pp. 31-44.

EL MISMO, “**El Derecho penal y procesal del ‘enemigo’**. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 693-720.

EL MISMO, “**La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del ‘enemigo’ tras el atentado del 11 de septiembre de 2001**”, en *Mientras tanto*, nº 83, 2002, pp. 77-91.

EL MISMO, en *El País* de 31 de diciembre de 2002.

EL MISMO, “**Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación (G.A.L)**”, en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Homenaje al Dr Marino Barbero Santos*. In memoriam, vol. II, Cuenca, 2001, pp. 501-530.

- POSNER, Richard A., “Torture, Terrorism and Interrogation”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 291-298.

EL MISMO, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, 2003.

- PRATS CANUT, Josep Miquel, “De los delitos de terrorismo”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª ed., Navarra, 2004, pp. 2.479-2.507.

- PRESS, Eyal, “In Torture We Trust?”, en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, 2004, pp. 219-228

- PRITTWITZ, Cornelius, “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 7, 2007, pp. 1-12, (www.iustel.com).

EL MISMO, “**¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre Derecho penal y guerra**”, en *Revista Penal*, nº 14, 2004 (traducido por F. Navarro Cardoso).

EL MISMO, “**Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?**”, en MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 107-119.

EL MISMO, “Sociedad de riesgo y Derecho Penal”, en ARROYO ZAPATERO, Luis/NEUMANN, Ulfrid/NIETO MARTÍN, Adán (coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, pp. 259-287 (traducido por Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo).

- PUYOL MONTERO, Francisco Javier, “Artículos 515 y 516”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo III, Madrid, 1997, pp. 4.538-4.546.

- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 4ª ed., Barcelona, 2002.

EL MISMO, “Tirar a matar”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 21, 1983, pp. 729-744.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo”, en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 128, 2007, pp. 193-226.

EL MISMO, *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, 2004.

EL MISMO, “Del encubrimiento”, en “Delitos contra la Administración de Justicia”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 4ª ed., Navarra, 2004, pp. 1.738-1.745.

- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia/LUNA YERGA, Álvaro, “**Comentario a la Sentencia de 5 de junio de 2003** (RJ 2003, 4456)”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, enero/abril 2004, nº 64, pp. 277-294.

- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “**Terrorismo e intervención penal:** la LO 7/2000 y los límites del *Ius Puniendi*”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 89-126.

- RAMSAY, Maureen, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, en *The International Journal of Human Rights*, vol. 10, nº 2, june, 2006, pp. 103-119.

- REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1997.

EL MISMO, “La apología y el presagio de un futuro inmediato de gran sufrimiento”, en *Jueces para la Democracia*, nº 28, marzo/1997, pp. 36-38.

- REDONDO ILLESCAS, Santiago, “La delincuencia y su control: realidades y fantasías”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, julio 2001, pp. 309-325.

- REINARES, Fernando, “Al Zarqawi, Irak y el terrorismo global”, en *El País* de 12 de junio de 2006 (www.elpais.com).

EL MISMO, “Dimensiones del terrorismo internacional”, en *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Cuadernos de Estrategia, 133, 2006, pp. 41-50.

EL MISMO, *Terrorismo Global*, Madrid, 2003.

EL MISMO, *Terrorismo y Antiterrorismo*, Barcelona-Buenos Aires-México, 1998.

EL MISMO, “Estado, democracia liberal y terrorismo político”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 16, 1993, pp. 113-132.

- REMIRO BROTONS, Antonio, “Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial”, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.), *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº VII, 2001, pp. 67-150.

EL MISMO, *El Caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, 1999.

- REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y medidas contra el terrorismo. Suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid, 1999.

- RENART GARCÍA, Felipe, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico adaptada a la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma par el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, Madrid, 2003.

- RIDAO, José María, “Crecer a la sombra del enemigo”, en *El País* de 2 de junio de 2003, p. 13.

- RÍOS MARTÍN, Julián, “Realidad penitenciaria: la justicia penal vista desde las consecuencias”, en *Derecho Penitenciario II*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XVII, 2003, pp. 477-559.

- ROBLES PLANAS, Ricardo, “Sexual Predators”, en *InDret* 4/2007, (www.indret.com).
- EL MISMO, “Tema 10: Delitos contra el patrimonio (I)”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.)/ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2006, pp. 181-207.
- EL MISMO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid-Barcelona, 2003.
- RONA, Gabor, “**Legal Issues in the ‘War on Terrorism’** – Reflecting on the Conversation Between Silja N.U. Voneky and John Bellinger”, en *German Law Journal*, vol. 9, nº 5, mayo 2008, pp. 711-736.
- ROPERO CARRASCO, Julia, *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*. Provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto, Granada, 2002.
- RORTY, Richard, “Fundamentalismo: enemigo a la vista”, en *El País* de 29 de marzo de 2004, p. 11.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Madrid, 1997 (traducido por Miguel Díaz y García Conlledo, Diego Manuel Luzón Peña y Javier de Vicente Remesal).
- EL MISMO, *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Barcelona, 1972 (traducido por Francisco Muñoz Conde).
- ROTH, Kenneth, “Torture Is Never Justified”, en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, 2005, pp. 12-15.
- RUIZ LANDÁBURU, M^a José, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, 2002.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *El delito de encubrimiento*, Barcelona, 2001.
- SALAS, Luis P., “La Ley patriótica USA”, en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 255-309.
- SALAS DARROCHA, Josep Tomàs, “**Notas básicas de la L.O. 7/03** para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas privativas de libertad”, en

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales, 2003, vol. V, www.westlaw.es, BIB 2003\1443, pp.1-11.

- SALVADOR CODERCH, Pablo, *El Derecho de la libertad*, Madrid, 1993.

- SANCHEZ GARCIA, Isabel, “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”, en *La Ley*, 1994, nº 4, pp. 1.114-1.124.

- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “**Alternativas al Derecho Penal del enemigo** desde el Derecho Penal del ciudadano”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 845-892.

LA MISMA, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, 2005.

- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Valencia, 2004.

- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, “La tipificación de conductas de apología del delito”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 893-916.

EL MISMO, *El encubrimiento como delito*, Valencia, 1998.

- SANZ MORÁN, Ángel, “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 11, enero 2004, pp. 11-40.

EL MISMO, *Elementos subjetivos de justificación*, Barcelona, 1993.

EL MISMO, *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986.

- SCARRY, Elaine, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 281-290.

- SCHARF, Michael P., “**Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes: Problems and Prospects**”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37, 2005, pp. 359-374.

- SCHARPF, Fritz, *Gobernar en Europa ¿eficaz y democráticamente?*, Madrid, 2000.

- SCHEPPELE, Kim Lane, “**Law in a Time of Emergency**: States of Exception and the Temptations of 9/11”, en *Journal of Constitutional Law*, 6, May, 2004, pp. 1-75.

- SCHMID, Alex, “**Terrorism on Trial**”: Terrorism, the Definitional Problem”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 36, 2004, pp. 375-419.

- SCHOFIELD, Timothy, “**The Environment as an Ideological Weapon**: a Proposal to Criminalize Environmental Terrorism”, en *Boston College Environmental Affairs Law Review*, 26, 1999, pp. 619-646.

- SCHULHOFER, Stephen J., “**No Checks, No Balances**. Discarding Bedrock Constitutional Principles”, en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, 2004, pp. 89-103.

EL MISMO, *The Enemy Within: Intelligence Gathering, Law Enforcement, and Civil Liberties in the Wake of September 11*, New York, 2002, (disponible online en el siguiente enlace: <http://www.tcf.org/Publications/HomelandSecurity/enemywithincomplete.pdf>).

- SEGURA GARCÍA, María José, “Reflexiones de urgencia sobre la aplicación de beneficios penitenciarios a reclusos terroristas”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 42, 1990, Madrid, pp. 619-634.

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9ª ed., Madrid, 2004.

EL MISMO, “El terrorismo en el derecho español”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 907-920.

- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luís, “El delito de estragos del Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 4, 1994, pp. 881-894.

- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, “Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho”, en ZÚÑIGA

RODRÍGUEZ, Laura/MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina/DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a Rosario (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002, pp. 73-84.

EL MISMO, *Emergencia y crisis del Estado social: análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, 1988.

- SHUE, Henry, “Torture”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 47-60.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Delito y daño: una puntualización”, editorial de *InDret* 3/2008, (www.indret.com).

EL MISMO, “Peligrosidad”, editorial de *InDret* 4/2007, (www.indret.com).

EL MISMO, “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización criminal’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/GURDIEL SIERRA, Manuel/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coords.), en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 1.069-1.0946.

EL MISMO, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2^a ed., Madrid, 2001.

EL MISMO, “El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam, vol. I, Cuenca, 2001, pp. 699-710.

EL MISMO, “La regulación del *iter criminis* (artículos 16-18)”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 121-157.

EL MISMO, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

EL MISMO, “Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuricidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, fascículo III, pp. 647-663.

EL MISMO, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, fascículo III, pp. 663-691.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/FELIP SABORIT, David/ROBLES PLANAS, Ricardo/PASTOR MUÑOZ, Nuria, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en DA AGRA, Cándido/DOMÍNGUEZ, José Luis/GARCÍA AMADO, Juan Antonio/HEBBERECHT, Patrick/RECASENS, Amadeus (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003, pp. 113-135.
- SKIBELL, Reid, “**Cybercrimes & Misdemeanors: A Reevaluation of the Computer Fraud and Abuse Act**”, en *Berkeley Technology Law Journal*, Summer, 2003, pp. 909-944.
- SKOLNICK, Jerome H., “**American Interrogation. From torture to trickery**”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 105-127.
- SORIANO SORIANO, José Ramón, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 177-198.
- SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-09 (2005), pp. 1-46, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).
- STANLEY, Jay/STEINHARDT, Barry, “**Bigger Monster, Weaker Chains. The Growth of an American Surveillance Society**”, en M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, 2004, pp. 53-79.
- STEINERT, Heinz, “**The indispensable metaphor of war. On populist politics and the contradictions of the state’s monopoly of force**”, en *Theoretical Criminology*, vol. 7, n° 3 (2003), pp. 265-291.
- STEINHOFF, Uwe, “Torture — The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, n° 3, 2006, pp. 337–353.
- STELLA, Federico, “La tutela penale della società”, en MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio (dirs.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 75-91.
- STOELTING, David, “Military Commissions and Terrorism”, en *Denver Journal of International Law and Policy*, 31, Summer, 2003, pp. 427-435.

- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., “Organización delictiva, comisión concertada y organizada”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, pp. 1.771-1.787.
- SUNG, Chanterelle, “**Torturing the Ticking Bomb Terrorist: an Analysis of Judicially Sanctioned Torture in the Context of Terrorism**”, en *Boston College Third World Law Journal*, 23, 2003, nº 1, pp. 193-212.
- SUNSTEIN, Cass, *The Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, New York, 2005.
- SUSSMAN, David, “What’s wrong with torture?”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, nº 1, January 2005, pp. 1-33.
- SYMEONIDOU-KASTANIDOU, Elisabeth, “Defining Terrorism”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 12/1, 2004, pp. 14–35.
- TAFT IV, William H., “War Not crime”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006 , pp. 223-228.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “De los estragos: artículo 346”, en “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª ed., Navarra, 2004, pp. 1.792-1.797.
- EL MISMO, “Artículo 516”, en “Delitos contra la Constitución”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª ed., Navarra, 2004, pp. 1.920-1.922.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M^a/GARCÍA ALBERO, Ramón/RODRÍGUEZ PUERTA, María-José/SAPENA GRAU, Francesc, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Valencia, 2005.
- TÉLLEZ AGUILERA, Abel, “**La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia**”, en *La Ley* de 14 de agosto de 2003, nº 5.837, (www.laley.net).
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3/1988 y 4/1988 de reforma del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1988.

- TIEFENBRUN, Susan, “A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism”, en *Journal of International & Comparative Law*, 9, Spring, 2003, pp. 357-389.
 - TORRES GARCÍA, Carmen, “**Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad**, jurisdicción internacional y jurisdicción universal”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 34, 2003, pp. 157-201.
 - TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000.
 - TRIBE, Laurence H./GUDRIDGE, Patrick O., “The Anti-Emergency Constitution”, en *The Yale Law Journal*, 113, June, 2004, pp. 1.801-1.870.
 - TUMAN, Joseph S., *Communicating Terror. The Rethorical Dimensions of Terrorism*, Thousand Oaks, CA, 2003.
 - TURNER, Serrin/SCHULHOFER, Stephen J., *The Secrecy Problem in Terrorism Trials*, Liberty National Security Project, Brennan Center for Justice at NYU School of Law, http://www.brennancenter.org/dynamic/subpages/download_file_34654.pdf.
 - URIARTE, Edurne, *Terrorismo y Democracia tras el 11-M*, 2ª ed., Madrid, 2004.
 - VALLE MUÑIZ, José Manuel/MORALES PRATS, Fermín, “La atenuante de análoga significación”, en QUINTERO OLIVARES, Quintero (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2004, pp. 222-225.
 - VALLE MUÑIZ, José Manuel, “**El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad** y el delito de colaboración con banda armada”, en *Actualidad Penal*, nº 17, 24 al 30 de abril de 1995, pp. 241-251.
 - VALSECCHI, Alfio, “La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, 2006, pp. 1.103-1.118.
- EL MISMO, “Il problema della definizione di terrorismo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004, pp. 1.127-1.159.

- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, ***La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público***. Art. 22.7ª del Código Penal, Valencia, 2001.

- VERCHER NOGUERA, Antonio, “De los estragos: artículo 346”, en SERRANO BUTRAGUENO, Ignacio (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, pp. 1.510-1.512.

EL MISMO, “Terrorismo y reinserción social en España”, en *La Ley*, 1994, (www.laley.net).

EL MISMO, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, Barcelona, 1991.

- VERVAELE, John A. E., “**La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter arma silent leges?**”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 14, 2005, pp. 111-148 (traducido por Esther Morón Lerma y Mª José Rodríguez Puerta; actualizado en AAVV, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, 2007, pp. 123-148, bajo el título “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿un Derecho penal del enemigo?”).

- VIGANÒ, Francesco, “**Terrorismo di matrice islamico-fundamentalistica e art. 270-bis C.P.** nella recente esperienza giurisprudenziale”, en *Cassazione penale*, ottobre 2007, nº 10, pp. 3.953-3.987.

EL MISMO, “La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho Penal: la experiencia italiana”, en AAVV, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, 2007, pp. 317-349 (traducido por Fernando Londoño).

EL MISMO, “Terrorismo, guerra e sistema penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale*, 2006, pp. 648-703.

- VÍRGALA FORURIA, Eduardo, “La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento español”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994, pp. 61-132.

- VIVES ANTÓN, Tomás S., “**Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: El problema de la apología del terrorismo**”, en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 17-47.

EL MISMO, “Una sentencia discutible”, en *El País* de 11 de marzo de 2006 (www.elpais.com).

EL MISMO, “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, en LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, 2001, pp. 279-291.

- VON LISTZ, Franz, *La idea de fin en Derecho Penal*, México, 1994.

- VORMBAUM, Thomas, “Politisches’ Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft*, 107, 1995, pp. 734-760.

- WAGNER, Markus, “**The Justification of Torture**. Some Remarks on Alan M. Dershowitz –Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge”, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63/3, 2003, pp. 817-827.

- WALDMANN, Peter, “El terrorismo: concepto, estrategia y alcance”, en *Política criminal comparada, hoy y mañana*, Cuadernos de Derecho Judicial, n° IX, 1998, pp. 181-208.

- WALDRON, Jeremy, “**Torture and Positive Law**: Jurisprudence for the White House”, en *Columbia Law Review*, 105, October 2005, pp. 1.681-1.750.

- WEISBERG, Richard H., “**Loose Professionalism**, or Why Lawyers Take the Lead on Torture”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 299-305.

- WILKINSON, Paul, *Terrorism versus Democracy: the Liberal State*, London, 2001.

EL MISMO, “Las leyes de la guerra y del terrorismo”, en RAPOPORT, David C., *La moral del terrorismo*, Barcelona, 1985, pp. 115-137.

- YOO, John, “An Imperial Judiciary at War: Hamdan v. Rumsfeld”, en *Cato Supreme Court Review*, 83, 2005/2006, pp. 86-111.

EL MISMO, “The U.S. Military Need Not Obey the Geneva Conventions When Dealing with Suspected Terrorists”, en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, 2005, pp. 26-30.

- YOUNG, Robert, “Political Terrorism as a Weapon of the Politically Powerless”, in PRIMORATZ, Igor (ed.), *Terrorism. The Philosophical Issues*, Basingstoke, 2004, pp. 55-64.

- YOUSEF, Shaden, “**Military Tribunals**: Cure for the Terrorism Virus or a Plague All Their Own?”, en *Houston Law Review*, 42, Summer, 2005, pp. 911-940.

- ZEIDAN, Sami, “**Agreeing to Disagree**: Cultural Relativism and the Difficulty of Defining Terrorism in a Post-9/11 World”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, 29, Winter, 2006, pp. 215-232.

- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “El principio de culpabilidad en las reformas penales”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, pp. 1.093-1.107.

EL MISMO, “Comentario al artículo 21.6”, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Madrid, 1999, pp. 793-798.

Otros materiales:

- “Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, fascículo II, pp. 354-380.

- *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria nº 232, 6 de marzo de 2003, pp. 11.857-11.878.

- ETXENIQUE, Luisa, “Otros terrorismos”, en *El País* de 2 de septiembre de 2007, p. 31.

- “Informe de la asociación profesional de la magistratura sobre la normativa penitenciaria vigente”, en *Actualidad Penal* nº 23, 7 al 13 de junio, 1993-I, pp. 317-329.

- *Informe de la Fiscalía General del Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, 2003, no publicado.

- *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003.

- *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, por Scheinin, Martin, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, E/CN.4/2006/98, 28 de diciembre de 2005, (<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4882.pdf>).

- Lord Phillips of Worth Matravers, Lord Chief Justice of England and Wales, “Impact of Terrorism on the Rule of Law”, American Bar Association Conference, Grosvenor House, London, Wednesday 3 October 2007, en Internet: http://www.judiciary.gov.uk/docs/speeches/lcj_american_bar_assoc_03_1007.pdf.

- SUPREME COURT OF ISRAEL, “Judgment Concerning the Legality of the General Security Service’s Interrogation Methods [September 6, 1999]”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2003, pp. 165-181.